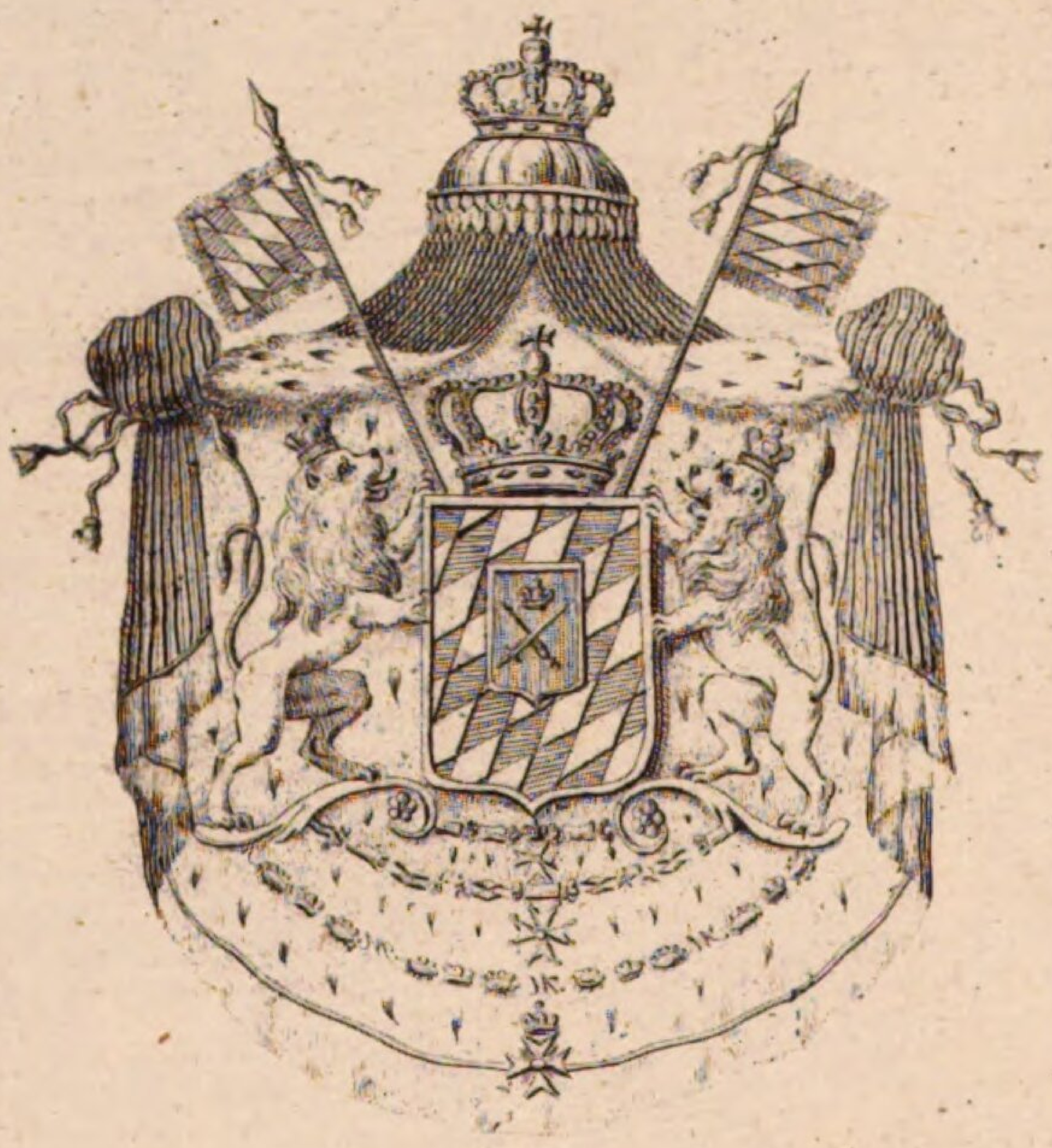
4° Pfeiffer



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

4 Decis. 98 m-1

<36619283560018
<36619283560018
Bayer. Staatsbibliothek

Practiſche Ausführungen

aus

allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft.

Mit Erkenntniſſen
des Oberappellationsgerichts zu Caſſel.

Von

D. B. W. Pfeiffer,

Kurfürſtlich Heſſiſchem Oberappellationsrathe.

> Die Gerichte erkennen nach den Geſetzen in den verſchiedenen Inſtanzen allein und ohne Einwirkung irgend einer anderen Behörde.
>
> Kurheſſ. Organ. Ed. v. 1821.

Erſter Band.

Hannover, 1825.
Im Verlage der Hahnſchen Hofbuchhandlung.

97. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Nihil est profecto praestabilius, quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos!
Cicero.

Das beinahe tauſendjährige Reich teutſcher Nation*) iſt, der äußeren Gewalt erlegen und von Innen nicht mehr gehalten, vorlängſt untergegangen und — vergeſſen. Untergegangen und vergeſſen mit ihm ſind ſeine Reichsgerichte, das letzte Aſyl des in ſeinen Rechten Gekränkten, wo verfaſſungsmäßig dem geringſten Bauer gegen den mächtigſten Fürſten Gehör im Wege Rechtens zu Theil ward. An die Stelle jenes alten Reiches teutſcher Nation iſt ein neuer Bund der teutſchen Fürſten getreten; an einem Erſatze für die Reichsgerichte fehlt es bis jetzt noch ganz und gar. Zwei und dreißig teutſche Fürſten und Städte, Kurheſſen an ihrer Spitze, drückten beim erſten Wiener Congreſſe ihr lebhaftes Intereſſe für die feſte Begründung eines ſicheren Rechtszuſtandes in Teutſchland, und daß inſonderheit der Juſtizgang in jeder Beziehung unabhängig von Willkühr erſcheine, aus; auch legte Preußens Geſandter in die Protocolle des Congreſſes — zu ewig mahnender Erinnerung — die Ueberzeugung ſeines Hofes nieder: es ſey unleugbar, daß, ſo lange es der künftigen Verfaſſung an einem Bundesgerichte fehle, dem Rechtsgebäude in Teutſchland noch der letzte und noth-

*) terminus technicus der kaiſerlichen Wahlcapitulationen.

wendigſte Schlußſtein mangele! — Dennoch mangelt bis zum heutigen Tage dieſer letzte und nothwendigſte Schlußſtein, und ſelbſt die nachträgliche Anordnung einer dem nämlichen Zwecke theilweiſe gewidmeten Austrägal-Inſtanz hat, bei ihrer ausdrücklichen Beſchränkung auf Rechtsſtreitigkeiten unter den Bundesgliedern, die hiermit ſtillſchweigend ausgeſprochene Verſagung eines für die Unterthanen teutſcher Staaten gleichmäßig zugänglichen, keinem einzelnen Staate untergeordneten, Gerichtshofes nur um ſo fühlbarer gemacht; ſo daß man ſich wohl verſucht halten ſollte, in den Ausruf eines berühmten Staatsmannes, der gar wohl wußte, was für Teutſchland vor Allem Noth that, mit einzuſtimmen: „o Reichsgerichte, Reichsgerichte, wie oft mögen wir euch zurückwünſchen!"

Je weniger es aber hiernach zu verkennen iſt, daß bisher noch, dem althiſtoriſchen Rechte der teutſchen Nation zuwider, eine feſte, über aller Willkühr — dieſer Todfeindin des Rechts — ſtehende, Bürgſchaft ungeſtörter und rückſichtsloſer Gerechtigkeitspflege in der teutſchen Bundesverfaſſung nicht gegeben ſey, und daß ſelbſt das wirklich Gegebene (formelle Garantie des Rechtsweges) ſich noch nicht recht frei und freudig zum Vollbringen habe entwickeln wollen; — um ſo gewiſſer ruhet nunmehr auf den Landesgerichten der einzelnen teutſchen Staaten die unerläßliche Verpflichtung, Recht und Gerechtigkeit zu handhaben mit ernſtem Willen und beharrlichem Muthe, wo nur immer, und von wem es ſey, Verletzung dem Rechte droht, und dagegen Schutz und Aushülfe im Wege Rechtens begehrt wird. Nur, indem ſie dieſe Verpflichtung recht erkennen und gewiſſenhaft erfüllen, wird es möglich ſeyn, einen völlig geſicherten Rechtszuſtand im Inneren der teutſchen Staaten zu begründen und zu erhalten.

Was für dieſen hohen Zweck in den einzelnen Staaten bisher ſchon geleiſtet worden, davon giebt uns die Erfahrung das erfreulichſte Zeugniß. Denn es ſind nicht nur die Landesgerichte, von dem erhebenden Bewußtſeyn durchdrungen, daß nunmehr ihrer Treue und Feſtigkeit allein das hehre Heiligthum einer unverletzba-

ren Rechtspflege im ganzen Umfange des teutſchen Reiches anvertraut ſey, kräftig fortgeſchritten in dem pflichtgemäßen Beſtreben, Recht zu ſprechen ohne Anſehn der Perſon, dem Armen wie dem Reichen, dem Niederen wie dem Hohen, dem Schwachen wie dem Mächtigen; — ſondern es haben auch die teutſchen Fürſten, überzeugt, daß Gerechtigkeit, ſo wie die edelſte Perle in der Krone der Regententugenden, ſo auch die haltbarſte Stütze ihrer Throne ſey*), die Landesgerichte ſelbſt in jenem Beſtreben unterſtützt und ermuntert, und ſich redlich enthalten jedes Verſuches einer Beſchränkung des geraden Rechtsganges vor ihren Gerichten, zu welchem eine übelwollende Deutung des unbegrenzten Umfangs ihrer neu erworbenen Souverainetätsrechte ſie wohl hätte verleiten mögen. — Bewährt ſich dieſe Erfahrung auch ferner, wie wir nicht bezweifeln wollen und nicht bezweifeln dürfen, dann braucht der redlich geſinnte und rechtlich handelnde Staatsbürger nicht zu verzagen, wenn er beſorglich wahrnimmt, wie die Regierungsform der teutſchen Staaten, ſich immer enger anſchließend an das rein monarchiſche Princip, der alten Schranken je mehr und mehr enthoben wird**); denn „mitten in der unumſchränkteſten Monarchie kann die größte perſönliche Freiheit herrſchen, wenn nur eine weiſe und unpartheiiſche Rechtspflege zu haben iſt, und der Fürſt den Lauf der Gerechtigkeit nicht hemmt!"***)

Was inſonderheit von Heſſens Gerechtigkeit-liebenden Regenten ſeit der älteſten Zeit bis auf die gegenwärtige, zu ihrem eignen Ruhme und ihres Volkes Wohl, für die ſtrengſte Aufrechthaltung einer ungehemmten Rechtspflege, verordnet und ausgeführt worden, darüber findet man in dem XVIten Aufſatze, welcher überhaupt mit dem Inhalte dieſer Vorrede, ihrem Sinne und Zwecke nach, in dem

*) nach der alten, ſelbſt reichsgeſetzlichen, Parömie: kein Friedeſtand ohne Rechtsſtand!

**) Protocolle der Bundesverſammlung. B. XVI. S. 263.

***) Klein Annalen der Geſetzgebung. B. II. S. 11. d. II. Ausg.

engſten Zuſammenhange ſteht, die ſpeciellere Nachweiſung. Das Organiſations-Edict von 1821, welches den Regierungsantritt Sr. K. H. des jetzigen Kurfürſten ſo glorreich bezeichnet, enthält die ſchönſte Anerkennung aller jener Anordnungen der früheren Regenten in dem nur ſtrenge Gerechtigkeit bezeichnenden Ausſpruche:

Die Gerichte erkennen nach den Geſetzen in den verſchiedenen Inſtanzen allein und ohne Einwirkung irgend einer anderen Behörde!

Dieſer Ausſpruch, ſo wie er dort an die Spitze aller geſetzlichen Verfügungen über die neue Einrichtung des Gerichtsweſens geſtellt worden, eröffnet hier als ehrendes Characterzeichen ein Werk, welches in ſeinem weſentlichſten Beſtandtheile öffentliches Zeugniß giebt von der pflichtmäßigen Wirkſamkeit des oberſten Landesgerichts in dem hochwichtigen Berufe, den ihm das Richteramt letzter Inſtanz, beſonders auch mit Rückſicht auf die oben geſchilderte Rechtsverfaſſung des teutſchen Staatenbundes, nicht bloß als ſtaatsbürgerliche Verpflichtung auflegt, ſondern in der That zur heiligen Gewiſſensſache macht.

Was von dieſem Werke dem Herausgeber als Verfaſſer angehört — die wiſſenſchaftliche Einleitung zu jedem der mitgetheilten Rechtsfälle, in Anſehung deren die beigefügte Entſcheidung des Oberappellationsgerichts vollkommen authentiſch, und auch der jedesmal vorausgeſchickte proceſſualiſche Vortrag wenigſtens getreuer Actenauszug iſt, — jene wiſſenſchaftliche Einleitung iſt, ſofern ſich deren Inhalt nicht ausdrücklich in den Entſcheidungsgründen der Erkenntniſſe ſelbſt wiederfindet, nur als die individuelle Anſicht des Verfaſſers zu betrachten, wiewohl ſie zum größten Theile aus den Relationen ſelbſt beinahe wörtlich geſchöpft iſt. Dieſe Verwahrung aber iſt hier nothwendig, weil gerade nicht Alles, was in den theoretiſchen Ausführungen vorkommt, dem Oberappellationsgerichte zum unmittelbaren Entſcheidungsgrunde gedient hat, daher auch nur der Hauptgrundſatz einer jeden Ausführung, und außerdem, was zu deſſen Unterſtützung in den Entſcheidungsgründen der Er-

kenntniſſe ſelbſt enthalten iſt, als eigentliches Präjudiz dieſes höchſten Gerichtshofes angeſehen und benutzt werden kann. Dieſe ſorgfältig beobachtete Sonderung iſt es nun hauptſächlich, in welche der Verfaſſer einen entſchiedenen Vorzug des vorliegenden Werkes vor der früher — zum Theil von ihm ſelbſt, jedoch mit gebundener Hand in Anſehung der Form und des Stoffes — herausgegebenen Sammlung der Oberappellationsgerichts-Deciſionen ſetzt, indem die hierin enthaltne Mittheilung der Relationen ſelbſt vielfältig zu dem Mißbrauche Veranlaſſung gegeben hat, einzelne rationes decidendi oder auch wohl dubitandi (welche letztere freilich ebenfalls nur an und für ſich richtige Sätze enthalten ſollten) als Präjudizien des Oberappellationsgerichts zu citiren, da man doch bei dem Mangel an Entſcheidungsgründen in den Erkenntniſſen ſelbſt keine Gewißheit darüber hat, ob auch in jedem Falle alle einzelnen Argumente des Referenten von dem ganzen Collegium, zum wenigſten durch Stimmenmehrheit, genehmigt worden ſeyen, und allein die erfolgte Entſcheidung motivirt haben. Zu der jetzt beobachteten Sonderung iſt aber der Verfaſſer allerdings erſt durch die ſeit 1816 neu eingeführte Aufnahme der Entſcheidungsgründe in die Erkenntniſſe ſelbſt in den Stand geſetzt worden, daher dieſelbe auch nur bei Rechtsfällen aus dieſer neueren Zeit anwendbar geweſen iſt.

Bei der Auswahl der hier vorliegenden Rechtsfälle wird man dem Verfaſſer die Anerkennung nicht verſagen, nur ſolche von einem ganz vorzüglichen wiſſenſchaftlichen und inſonderheit auch practiſchen Intereſſe ausgeſucht zu haben; er glaubt aber dieſes Intereſſe auch bei denjenigen Fällen, welche zunächſt nach kurheſſiſchem Particularrechte entſchieden worden ſind, doch als allgemeines juriſtiſches bezeichnen zu dürfen, da er die dabei zur Anwendung gekommene particularrechtliche Norm jedesmal unter einem gemeinrechtlichen Geſichtspuncte bearbeitet hat, was ja eben für die Wiſſenſchaft unſeres teutſchen Privatrechts, welchem die meiſten dieſer Fälle angehören, den wahren Gewinn ergeben muß.

So mag denn der Verfaſſer ſeinen innigen Wunſch zugleich als Hoffnung ausſprechen: auch durch dieſes Werk ſeinem Vaterlande — dem größeren teutſchen,

wie dem enger begrenzten, welchem ſeine Dienſte unmittelbar gewidmet ſind — wahrhaft nützlich zu werden, und auf dieſem reellen Wege einer gemeinnützigen Thätigkeit einige „Autorität in den Augen des Publicums," die ihm hauptſächlich nur um der guten Sache ſelbſt willen begehrenswerth iſt, ferner zu gewinnen. . .

. . . .

Wenn übrigens, der allgemeinen Bezeichnung auf dem Titel dieſes Werkes ungeachtet, doch nicht aus allen Rechtstheilen Fälle mitgetheilt worden ſind; ſo dürfte ſolches wohl mit der größeren Ausführlichkeit einiger der hier vorkommenden entſchuldigt werden; mehrere dergleichen aus dem peinlichen und Kirchen-Rechte haben deßhalb für einen zweiten Band, wenn hierzu die Art der Aufnahme dieſes erſten Veranlaſſung bietet, zurückgelegt werden müſſen.

Zum Schluſſe dieſer Vorrede, und gleichſam einleitend zu dem Werke ſelbſt, noch einige bedeutungsvolle Worte des größten der Könige. Mögen ſie, wiederhallend in der Bruſt aller Derer, welche zum Richteramte berufen ſind, allenthalben im teutſchen Vaterlande zu recht fruchtbarer That gedeihen!

> „Die Richter ſollen gleiche und unpartheiiſche Juſtiz adminiſtriren allen Menſchen ohne Anſehn der Perſonen, Großen und Kleinen, Reichen und Armen, ſo wie ſie gedenken, ſolches vor dem gerechten Richterſtuhle Gottes zu verantworten, damit die Seufzer der Wittwen und Waiſen, auch anderer Bedrängten, nicht auf ihr und ihrer Kinder Haupt kommen mögen!"

I n h a l t.

A. Römiſches Privatrecht.

Seite

I. Die Verpfändung einer Geldforderung giebt dem Gläubiger, welchem ſie verpfändet worden, das Recht, den Schuldner ſeines Schuldners darauf unmittelbar zu belangen, und ſich mit dem ſolchergeſtalt eingezogenen Gelde bezahlt zu machen. 3

II. Die Einrede der erlöſchenden Verjährung kann in jeder Lage des Proceſſes vorgeſchützt werden. — — — — — — — — 10

III. Von der Berechnungsweiſe der gegen Unmündige angefangenen Verjährung. — 19

IV. Von dem weſentlichen Unterſchiede und den Kennzeichen des Modus und der Conditio, inſonderheit bei Legaten. — — — — — — 24

V. Das geſetzliche Pfandrecht, welches die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters wegen des unter ſeiner Verwaltung ſtehenden eignen Vermögens derſelben haben, bezieht ſich nur auf die von der Mutter und den mütterlichen Aſcendenten, nicht auch auf die von den mütterlichen Seitenverwandten, ihnen zugefallenen Gegenſtände. — — — — — — — — — — 34

Seite

VI. Von der Unanwendbarkeit des anaſtaſianiſchen Geſetzes 1) auf die Ceſſion ungewiſſer Forderungen; 2) auf die zur Sicherheit für eine Darlehnsſchuld geſchehene Ceſſion; 3) auf den Verkauf von Staatsobligationen. — — — — 39

VII. Von den Grundſätzen, nach welchen eine Geldſchuld nach eingetretener Münzveränderung zu bezahlen iſt. — — — — — — — 51

B. Teutſches Privatrecht.

VIII. Eigenthumsrechte an einzelnen unter dem Rechtsverhältniſſe der Errungenſchaft erworbenen Gegenſtänden erlangt die überlebende Ehefrau nicht eher, bis ſolche nach vollſtändiger Berichtigung des Activ- und Paſſiv-Beſtandes der gemeinſchaftlichen Maſſe als wirklicher Erwerb ausgemittelt ſind. — — — 81

IX. Der überlebende Ehegatte kann, während er noch mit den Kindern in Gemeinſchaft der Güter lebt, über den ihm bei einer künftigen Theilung zufallenden Antheil teſtamentariſch verfügen. — — — — — — — 91

X. Vom Entſchädigungsanſpruche des Erbleihebeſtänders, im Falle dem Erbleihegute die damit verbunden geweſene Freiheit von öffentlichen Laſten entzogen wurde. 109

XI. An denjenigen Orten, wo keine beſondere Wechſelordnung, ſondern nur das gemeine teutſche Wechſelrecht, gilt, iſt der Inhaber eines proteſtirten Wechſels berechtigt, einen der vorherigen Indoſſanten nach ſeiner Wahl in Rückanſpruch zu nehmen; und dieſes gilt ſelbſt von dem Falle, wo die Bezahlung des Wechſels, jedoch nur zur Ehre eines der Indoſſanten, ſchon wirklich erfolgt iſt — — 120

XII. Die Rechtsſtreitigkeiten der Juden werden, auch wenn ſie die Erbfolge oder eheliche Vermögensrechte derſelben zum Gegenſtande haben, nach dem gemeinen Rechte entſchieden. — — — — — — — — — 140

Seite

XIII. Veräußerungs-Contracte über Immobilien ſind, nach kurheſſiſchem Rechte, ohne gerichtliche Beſtätigung der geſchehenen Vollziehung ungeachtet, null und nichtig, und können als ſolche auch von den Erben der Contrahenten und von Dritten angefochten werden; die erfolgte Beſtätigung aber überträgt ſofort das Eigenthum derſelben. — — — — — — — — 151

C. Lehnrecht.

XIV. Nach den, in Kurheſſen geltenden, Grundſätzen des teutſchen Rechts von der Geſammten Hand werden diejenigen Seitenverwandten des Lehnsbeſitzers, welche nicht fortwährend in der Mitbelehnung geblieben ſind, alles Rechts an dem Lehen verluſtig. — — — — — — — — — — 175

XV. Der juriſtiſche Beſitz eines Lehens gehet ſofort mit dem Tode des beſitzenden Vaſallen auf deſſen Allodialerben über, und es finden daher auf ſie, noch vor einer wirklichen Beſitzergreifung, alle von der Eigenſchaft eines Beſitzers im rechtlichen Sinne abhängenden Klagen activ und paſſiv, insbeſondere auch in ihrem Verhältniſſe zu dem Lehnsfolger, Anwendung. — — — — — 201

D. Staatsrecht.

XVI. Für die Entziehung ſolcher Rechte, in Anſehung deren durch ein allgemeines Geſetz der Titel ihrer Zuſtändigkeit mißbilligt oder aufgehoben iſt, können einzelne Staatsbürger, welche hierunter leiden, eine Schadloshaltung von dem Staate nicht verlangen. — — — — — — — — — 213

XVII. Eine Befreiung einzelner Staatsbürger von dem Beitrage zu allgemeinen Staatslaſten, wohin auch der Wege- und Chauſſee-Bau gehört, kann durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden. — — — — — 267

Seite

XVIII. Ein Staatsdiener, welchem das mit ſeinem Amte verbundene Einkommen, in deſſen Genuſſe er ſich bisher befunden hat, ohne richterliches Urtheil vom Staate entzogen wird, kann die Wiedereinſetzung in daſſelbe im Wege des unbedingten Mandatsproceſſes auswirken. — — — — — — 281

E. Proceß.

XIX. Die gewöhnliche Rechnungsablage des Vormundes in unſtreitigen Fällen gehört zwar vor den Gerichtsſtand des Pflegbefohlnen; wenn es jedoch hierüber zum proceſſualiſchen Verfahren kommt, iſt nur der Gerichtsſtand der geführten Verwaltung für competent zu halten. — — — — — — 317

XX. Von dem Gerichtsſtande der Identität in der dreifachen Anwendung auf theilbare Streitgegenſtände, auf ſchriftſäſſige Perſonen, und auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. — — — — — — — 324

XXI. Das einem Advocaten geleiſtete Verſprechen einer beſonderen Belohnung auf den künftigen Fall des Obſiegs (Palmarium) iſt unerlaubt und unverbindlich. 339

Römiſches Privatrecht.

I.

Die Verpfändung einer Geldforderung giebt dem Gläubiger, welchem ſie verpfändet worden, das Recht, den Schuldner ſeines Schuldners darauf unmittelbar zu belangen, und ſich mit dem ſolchergeſtalt eingezogenen Gelde bezahlt zu machen.

Die Verpfändung iſt an und für ſich kein Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, ſondern nur zu deſſen Sicherſtellung; ſie geſchieht mittelſt eines bloß acceſſoriſchen Vertrages, welcher neben dem die Schuld begründenden Hauptvertrage beſteht, und in ſeinen rechtlichen Wirkungen von dieſem abhängig iſt. Der Pfandinhaber iſt daher nicht berechtigt, ſich zur Verfallzeit ſeiner Forderung unmittelbar mit dem Pfande bezahlt zu machen, ja es iſt ſogar geſetzlich verboten, durch ausdrückliche Uebereinkunft dem Gläubiger die Befugniß einzuräumen, das Pfand als directes Befriedigungsmittel ſeiner Forderung eigenthümlich zu behalten, und darüber als einen in ſein Vermögen übergegangenen Gegenſtand zu verfügen. Der rechtliche Weg, um von der durch die Verpfändung erlangten Sicherheit wirklich Gebrauch zu machen, und ſo mittelbar ſeine Befriedigung durch das Pfand zu erlangen, iſt, daß der Gläubiger ſolches zum Verkauf bringe, und ſich dann erſt aus dem Kaufpreiſe, ſoweit derſelbe hiezu erforderlich oder anreichend iſt, bezahlt mache. Selbſt dieſer Verkauf, welcher nach dem römiſchen Rechte außergerichtlich unter Beobachtung gewiſſer Förmlichkeiten vorgenommen werden konnte, pflegt heutzutage nicht anders, als unter Einwirkung der Gerichte auf dem gewöhnlichen Wege der Hülfsvollſtreckung, zu geſchehen, und ſetzt alſo ſtets ein Verfahren gegen den Schuldner über die Richtigkeit und Einklagbarkeit ſeiner Schuld voraus; ja es kann, ſelbſt unter dieſer Vorausſetzung, ein dritter Beſitzer des Pfandes ſich mit der Einrede vorläufig ſchützen, daß zuvor der Hauptſchuldner ſelbſt ausgeklagt werde.

Wendet man nun dieſe allgemeinen Grundſätze von der Verpfändung auf den beſondern Fall an, wo eine ausſtehende Forderung des Schuldners dem Gläubiger zum Pfande gegeben wurde, ſo ſcheint daraus zu folgen, daß auch eine ſolche verpfändete Forderung nicht ſofort nach eingetretener Verfallzeit der Hauptſchuld von dem Gläubiger als ſeiner Verfügung anheim gefallen betrachtet, daher nicht unmittelbar gegen den Schuldner des Schuldners eingeklagt, und, wenn ihr Gegenſtand in Gelde beſteht, dieſes an Zahlungsſtatt zurückbehalten werden könne, daß vielmehr zunächſt der Hauptſchuldner auf Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit belangt, und erſt, nachdem derſelbe hierzu rechtskräftig verurtheilt worden, die verpfändete Forderung als Executionsmittel angegriffen, und ſelbſt hierbei dem Schuldner des Schuldners, als drittem Inhaber des verpfändeten Gegenſtandes, die Einrede der Excuſſion zugeſtanden werden müſſe. Es ſcheint auch dieſe Folgerung um ſo gegründeter, da nach ausdrücklicher geſetzlichen Vorſchrift [a]) ausſtehende Forderungen im Wege der Execution erſt ganz zuletzt, wenn weder Mobilien noch Immobilien in zureichender Menge vorhanden ſind, und ſich gar nichts anders vorfindet, was zu des Gläubigers Befriedigung dienen könnte, angegriffen werden dürfen.

Bei dem ganz eigenthümlichen Geſichtspuncte, unter welchen das römiſche Recht die Uebertragung und Verpfändung einer Schuldforderung in aller Beziehung ſtellt, erſcheint jedoch die obige Schlußfolge als durchaus unrichtig.

Die Geſetze betrachten nämlich als Gegenſtand einer ſolchen Uebertragung nicht das Object der Forderung ſelbſt, die Sache oder Geldſumme, welche der Uebertragende zu fordern hat, ſondern lediglich die aus der Forderung entſpringende Klage, als Mittel, ſich den Beſitz dieſes Objects zu verſchaffen, zu welchem Ende derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wurde, als procurator in rem suam betrachtet wird. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, exemplo creditoris, persecutio tribuitur [b]). Und dies gilt nicht bloß von der eigenthümlichen Uebertragung einer For=

a) l. 15. §. 2. 8. D. de re iudic. l. 2. C. quando fiscus.

b) l. 8. C. de hered. vel act. vend.

derung [c]), ſondern eben ſo auch von der Verpfändung, wie ſchon die Worte des angeführten Geſetzes: exemplo creditoris, anzudeuten ſcheinen, aber noch viel klarer die l. 18. pr. D. de pign. act. beweiſt. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Die Sache alſo, welche der Pfandgläubiger mit der gegen den Schuldner ſeines Schuldners angeſtellten Klage erlangt, iſt eigentlich erſt der Gegenſtand des Pfandrechts, und daß, wenn dieſe Sache in einer Geldſumme beſteht, dieſe nicht bloß zum Pfande dient, ſondern alsbald zur Zahlung verwendet wird, erklärt ſich theils aus der gleichartigen Natur fungibler Sachen, ubi tantundem est idem, theils aus den Grundſätzen von der Compenſation. Daher wird es bei ſolchen Geldſummen ganz ſo betrachtet, als ob dem Pfandgläubiger die ihm überlaſſene Klage unmittelbar zu ſeiner Befriedigung competire, wie ſich aus der hier vorzüglich zu beachtenden l. 4. C. quae res pignori ganz unzweifelhaft ergiebt. Si debitor satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, —— utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur. Es iſt auch dieſes keineswegs das einzige Geſetz, welches dieſer dem Fauſtpfandgläubiger in Anſehung der ihm verpfändeten Forderung utiliter zuſtehenden Klage gedenkt, vielmehr wird dieſe Klage auch in der l. 20. D. de pignorib. und l. 7. C. de hered. vel act. vend. als etwas ſo Bekanntes vorausgeſetzt, daß beide Stellen ſich nur mit der extenſiven Anwendung derſelben auf Anweiſungen einer Forderung ohne Schuldſchein und auf den Verkauf einer Forderung beſchäftigen. — Ja, es wird ſogar in der l. 30. §. 1. D. ad leg. aquil. einem jeden Pfandgläubiger die ſeinem Schuldner competirende Actio legis aquiliae wegen Beſchädigung des Pfandes bis zum Betrag ſeiner Forderung utiliter zugeſtanden.

Daher ſtimmen denn auch alle Schriftſteller, welche dieſen Gegenſtand beſon-

c) womit auch die datio nominis in solutum und das legatum nominis in jener Hinſicht gleichſtehen: l. 5. C. quando fisc. l. 18. C. de legat.

ders erwähnt haben, in dem Satze überein, daß der Verpfändung einer Schuldforderung die rechtliche Wirkung beiwohne, daß der Pfandgläubiger, ſobald ihn der Verpfänder nicht befriedigt, gegen deſſen Schuldner actione utili auf Bezahlung der Schuld klagen könne [d]), und zwar vermöge beſonderer geſetzlichen Ausnahme von der ſonſtigen Regel, daß man den Schuldner ſeines Schuldners nicht ohne vorgängige Ceſſion belangen könne [e]); indem nämlich durch die Verpfändung der Forderung ein ius exigendi auf den Pfandgläubiger übertragen werde [f]), ſo daß die Verpfändung in ihren Folgen einer wirklichen Ceſſion der Schuldklage gleich zu achten ſey [g]).

Die Zweifelsgründe, welche hiergegen angeführt werden könnten, haben allerdings nach allgemeinen Principien Vieles für ſich, ſind jedoch mit Rückſicht auf die angeführten Geſetzſtellen nicht ſchwer zu widerlegen. Die hauptſächlichſten ſind: 1) man müſſe dieſen Fall nach den Grundſätzen von der Execution beurtheilen; es müſſe alſo dem Angriff des Dritten ein den Hauptſchuldner condemnirendes Urtheil vorausgehen, deſſen Vollſtreckung durch Einklagung der Forderung des Schuldners an einen Dritten geſucht werde. Allein, wenn nur dahin die Abſicht jener vielfach übereinſtimmenden Geſetze gienge, ſo wäre die darin der Verpfändung ſpeciell beigelegte Wirkung des Uebergangs einer actio utilis, d. h. der nämlichen Klage, welche als directa dem Verpfänder zuſteht [h]), durchaus ohne allen Erfolg; denn auf dem gewöhnlichen Wege der Execution kann jeder Gläubiger, ohne alle vorhergegangene Verpfändung, zur Klage gegen den Schuldner ſeines Schuldners gelangen, wie die l. 2. C. quando fisc. vel priv. klar ergiebt, und ſelbſt dem

d) Erxleben de iure pignorum. §. 138. Weſtphal Pfandrecht. §. 141. Glück Erläuterung der Pandecten. Th. XIV. §. 863. v. Wening Lehrbuch des gem. Civilrechts. Buch 2. §. 169.

e) Brunnemann ad l. 4. C. quae res pign. Sande decisiones. Lib. 3. tit. 12. def. 24. Müller ad Struvii syntagma iur. civ. Ex. 26. th. 18. lit. γ.

f) Mevii decisiones. P. 9. dec. 168. Geſterding Pfandrecht. §. 4.

g) Weſtphal a. a. O. Quisdorp rechtliche Bemerkungen. Th. I. N. 42. Mühlenbruch von der Ceſſion der Forderungs-Rechte. §. 52. S. 483.

h) Geſterding a. a. O. S. 52.

Richter ſteht es im gewöhnlichen Executionsverfahren frei, ob er den Verkauf der Forderung verfügen oder ſie unmittelbar von dem Schuldner beitreiben will [i]). Demnach hätte die Verpfändung einer Forderung gar keine ihr eigene Wirkungen, die ihr doch jene Geſetzſtellen offenbar beilegen wollen. — 2) Es werde oft eine weit größere Forderung, als das Hauptcapital, zum Unterpfande eingelegt; eine ſolche einzuklagen, könne man aber doch den Pfandgläubiger nicht ermächtigt halten, auch gehe es nicht wohl an, Letzteren zum Beweiſe des Betrags ſeiner Forderung gegen den Dritten zuzulaſſen. Dieſen beiden Bedenklichkeiten begegnet aber ſchon die beſtimmte Vorſchrift der l. 4. C. quae res pign.: ille, cuius nomen pignori tibi datum est, satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur. — 3) Es könne ſeyn, daß der Hauptſchuldner, wenn er gehört werde, die Bezahlung ſeiner Schuld nachweiſen könne. Allein, wenn er Zahlung geleiſtet und dennoch dem Pfandgläubiger den ihn zur Klage legitimirenden Schuldſchein in den Händen gelaſſen hätte, ſo trüge er nur die Folgen ſeiner eignen Schuld, und man kann hier gewiß analog Dasjenige gegen ihn geltend machen, was die l. 4. C. cit. von dem Falle ſagt, wo der Dritte nach der Verpfändung noch an ſeinen urſprünglichen Gläubiger Zahlung leiſtete, daß nämlich dieſes dem Pfandgläubiger, wenn er verſäumte, den Dritten von der Verpfändung zu benachrichtigen, ſeine Klage gegen dieſen nimmt; welche Verfügung übrigens einen neuen Grund der Gleichſtellung der Verpfändung einer Forderung mit deren Ceſſion, zufolge der l. 3. C. de novat., enthält. — Endlich 4) kann noch ein Zweifelsgrund nicht unberührt bleiben, wozu hauptſächlich Weſtphal a. a. O. Veranlaſſung giebt, nämlich, ob nicht wenigſtens das beneficium excussionis hier zur Anwendung kommen müſſe? welches derſelbe bejahet. Allein auch dieſes kann ich nicht dafür halten, weil nicht nur kein einziges der anführten Geſetze davon etwas ſagt, ſondern auch der vorliegende Fall ſich gar nicht zur Anwendung des benef. excussionis eignet, theils weil der Dritte jedenfalls erſt dann von dem Pfandgläubiger belangt werden kann, wenn ſeine Schuld fällig iſt, unter dieſer Vorausſetzung aber derſelbe kein Intereſſe dabei hat, an wen er zahlt, ſobald nur der Kläger zum Empfang legitimirt iſt, dem Hauptſchuldner aber nie das beneficium excussionis zuſteht; theils, weil die

i) l. 15. §. 10. D. de re iudic.

Klage, womit der Dritte belangt wird, die nämliche iſt, welche ſeinem Gläubiger zuſtand, und die an deſſen Stelle von dem Pfandgläubiger ex conventione [k]) ausgeübt wird. Gegen Weſtphals Meinung erklärt ſich ganz ausdrücklich v. Wening [l]), indem er annimmt, daß die Einrede der Excuſſion gegen die Klage des Pfandgläubigers nicht ſtatt finde. — Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Dritte, deſſen Schuld verpfändet worden, nicht eher von jenem belangt werden könne, bis dieſe Schuld fällig iſt, wenn gleich die Schuld des Verpfänders längſt ſchon fällig geworden wäre; daher iſt es ganz richtig, wenn J. H. Böhmer [m]) den Fall, wo dem Pfandgläubiger die Beitreibung der verpfändeten Schuldforderung geſtattet iſt, durch die Vorausſetzung bedingt, daß entweder der Verfalltag derſelben wirklich verfloſſen, oder ſonſt der debitor in mora iſt.

Die obigen Grundſätze kamen bei dem Oberappellations-Gerichte zu Caſſel in nachſtehendem Falle zur Anwendung.

Der Kaufmann M. zu Frankfurt befindet ſich im Beſitze eines von Salomon H. zu Caſſel an Secky M. daſelbſt ausgeſtellten Wechſels über 3850 Thaler, den er von Letzterem zur Sicherheit für mehrere an denſelben habende Forderungen unterpfändlich erhalten zu haben behauptet.

Dieſen Wechſel klagt Erſterer gegen den Ausſteller Salomon H. nach der Verfallzeit ein, und bittet, den Verklagten zur Bezahlung jenes Betrages mit Zinſen an ihn zu verurtheilen.

Der Verklagte leugnet die Verpfändung, ſo wie die rechtliche Begründung der Klage, indem dadurch, daß ein Gläubiger die von ſeinem Schuldner ausgeſtellte Urkunde einem Dritten verpfände, ein Rechtsverhältniß zwiſchen dieſem Dritten und dem Schuldner nicht zu Stande komme.

Das Gericht erſter Inſtanz legt hierauf dem Kläger — weil der Pfandvertrag die Sicherheit des Gläubigers weſentlich bezwecke, mithin die Klage als Mittel zum Zwecke geſetzlich begründet

k) l. 18. pr. D. de pign. act.

l) a. a. O., mit Beziehung auf Faber de error. pragmat. Dec. 5. err. 10.

m) consultationes. T. II. P. I. resp. 406. n. 13.

begründet ſey, der Verklagte aber ſolcher in factiſcher Hinſicht widerſprochen habe, — den Beweis auf, daß Secky M. jenen Wechſel ihm für bedeutende an denſelben habende Forderungen als unterpfändliche Sicherheit übergeben habe.

Auch in der zweiten Inſtanz wird dieß Erkenntniß, unter Hinzufügung des weiteren Grundes, daß der Gläubiger, welchem die Schuld eines Dritten verpfändet worden, berechtigt ſey, im Nichtzahlungsfalle ſeines Schuldners den Schuldner dieſes Letzteren bis zum Betrage der reſpectiven Forderungen in Anſpruch zu nehmen, lediglich beſtätigt.

Erſt bei dem Oberappellationsgerichte, wo auch der Verklagte die neue Behauptung vorbrachte, daß, zufolge beſonderer Uebereinkunft mit Secky M., er nur unter gewiſſen factiſchen Vorausſetzungen von dieſem habe belangt werden können, kamen die in der obigen Ausführung mitgetheilten Zweifelsgründe speciell zur Erörterung, blieben jedoch ohne weſentlichen Einfluß auf die Entſcheidung, und veranlaßten nur eine genauere Beſtimmung des Beweisſatzes durch nachſtehendes am 13. Februar 1822 ertheilte Erkenntniß:

„In Erwägung, daß die angeſtellte Klage aus dem Entſcheidungsgrunde der angefochtenen Remiſſorialen zwar geſetzlich begründet iſt,

daß jedoch hiernach, da der Appellat (Kläger) den ganzen Betrag des angeblichen Fauſtpfandes eingeklagt hat, es nothwendig zu ſeiner Legitimation gehört, neben der Exiſtenz des Fauſtpfandes nachzuweiſen, daß er an ſeinen Schuldner, den Secky M., jenen Betrag oder wie viel weniger zu fordern habe;

daß endlich das in dieſer Inſtanz vorgebrachte Novum, da bis jetzt bloß über des Appellaten Legitimation zur Sache in erſter Inſtanz geſtritten worden, dahin gehört, und daher dem Appellanten unbenommen bleibt, ſolches daſelbſt vorzubringen,

werden die vom Procurator W. gebetenen Appellationsproceſſe mit der Verordnung abgeſchlagen, daß der dem Appellaten obliegende Beweis dahin zu normiren ſey, daß ſeine Forderung an Secky M. 3850 Thaler oder wie viel weniger betrage, und ihm dafür der eingeklagte Schuldſchein von demſelben verpfändet worden ſey.“

II.

Die Einrede der erlöſchenden Verjährung kann in jeder Lage des Proceſſes vorgeſchützt werden.

Ob der Richter befugt oder ſogar verpflichtet ſey, die Einrede der erlöſchenden Verjährung, wenn ſie aus den Acten klar erſichtlich iſt, obwohl der Verklagte ſich darauf nicht berufen hat, von Amts wegen zu ergänzen, und den Kläger mit ſeiner verjährten Klage geradezu abzuweiſen? — dieſe Frage iſt in der neueſten Zeit für zweifelhafter gehalten worden, als ehedem, wo dieſelbe beinahe einſtimmig von allen Rechtsgelehrten bejahet wurde. Vorzüglich haben zwei Aufſätze in dem von Gensler ꝛc. herausgegebenen Archiv für die civiliſtiſche Praxis [a]), welche von verſchiedenen Verfaſſern herrühren, und beide die verneinende Meinung ausführen, die Aufmerkſamkeit des juriſtiſchen Publicums auf dieſe Streitfrage gelenkt, auch hat eben dieſe Anſicht bereits die Zuſtimmung eines der angeſehenſten Juſtizhöfe Teutſchlands — des Oberappellationsgerichtes zu Celle — erhalten [b]). Um ſo mehr bedarf die hiervon abweichende Praxis des Oberappellationsgerichtes zu Caſſel einer ausführlichen Begründung.

Die Geſetze ſprechen es klar und beſtimmt aus, daß Klagen, die während 30 Jahren nicht angeſtellt wurden, gänzlich erloſchen ſeyn ſollen, extinguantur

a) B. I. Abh. 28. u. 29. S. 402 ff.

b) Hagemann practiſche Erörterungen. B. VII. N. 4. An einer früheren Stelle dieſes Werkes, B. I. N. 74, war zwar auch als Regel angenommen, daß der Richter die Einrede der Verjährung, wenn ſie von keinem Theile entgegen geſetzt wurde, ex officio nicht ſuppliren könne, jedoch als Ausnahme hinzugefügt worden: „wenn die Verjährung aus den Acten genugſam erhelle und ganz klar ſey.“

et vivendi ulterius non habeant facultatem [c]), daß auch der Berechtigte gar nicht mehr befugt ſeyn ſoll, dieſelben noch zu gebrauchen, nulli movendi ulterius facultatem competere censemus [d]), und ebenſo wird von der, nur den Objecten nach verſchiedenen, 40jährigen Verjährung geſagt, es ſolle nach dem Ablauf der beſtimmten Zeit kein Privat- oder öffentliches Recht, in keiner Sache, von keiner Perſon, als durch ein ſo beharrliches Stillſchweigen erloſchen, weiter geltend gemacht, es ſolle vielmehr ein jeder, der während ſolcher Zeit ohne gerichtliche Conteſtation ein Recht beſeſſen oder in irgend einem Verhältniſſe ſich befunden hat, völlig frei und geſichert ſeyn [e]). Ja es wird dies ſogar in der Form einer prohibitiven Verordnung wiederholt: *nemo itaque audeat*, neque actionis familiae herciscundae - - neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari; sed ex quo ab initio competit, - - post memoratum tempus finiri [f]). Eine Klage aber, welche gar nicht mehr exiſtirt, welche nach dem geſetzlichen Ausdrucke todt iſt, und die der vormals Berechtigte gar nicht mehr anzuſtellen befugt iſt, darauf kann und darf der Richter, ſobald ihm das wirkliche Erlöſchen durch den Zeitablauf actenmäßig bekannt wird, nicht mehr erkennen; er würde, wenn er es thäte, dem ausdrücklichen Verbot des Geſetzes zuwider, der Klage ein längeres Leben zugeſtehen, als es der Geſetzgeber wollte; er würde damit in der That contra ius constitutum, alſo nichtig, erkennen; dem Beiſpiele ähnlich, wovon die l. 2. C. *quando prov. non est nec.* ſagt: sententiam contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est.

Gegen dieſe auf geſetzliche Vorſchrift unmittelbar gegründete Folgerung würde eine bloß doctrinelle Ausführung, wie diejenige iſt, worauf ſich die gegentheilige Meinung hauptſächlich gründet, nicht wohl in Betracht kommen, wenn auch die allgemeinen Rechtsgrundſätze, wovon man dabei ausgeht, an und für ſich unbeſtreitbar wären, was jedoch nicht einmal durchgehends der Fall iſt. Man argumentirt nämlich

c) l. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

d) ibid.

e) l. 4. C. eod.

f) l. 1. §. 1. C. de annal. except.

ſo: Schon der geſetzliche Ausdruck für die Verjährung der Klagen: praescriptio temporis, gleichbedeutend mit exceptio temporis, weiſ't darauf hin, daß hier von einer Aufhebung der Klage per modum exceptionis die Rede ſey, denn exceptio heißt nur ein ſolches Vertheidigungsmittel des Verklagten, worauf ſich derſelbe berufen muß, im Gegenſatze von der ipso iure eintretenden Aufhebung einer Verbindlichkeit; aus eben dieſem Grunde, und zufolge der eigenthümlichen Natur der Verjährung, als eines poſitiven Inſtituts, bleibt auch nach dem Ablaufe der Verjährungszeit die natürliche Verbindlichkeit ſtehen, wie daraus ſich ergiebt, daß die Geſetze dem Verklagten die Befugniß abſprechen, mit der condictio indebiti Dasjenige zurück zu fordern, was er ſeinem Gläubiger nach dem Ablauf der Verjährungszeit bezahlte[g]). Allein hierauf läßt ſich antworten: der Satz, die erlöſchende Verjährung ſey, als Einrede, nur wirkſam, wenn ſich darauf berufen worden, würde vorausſetzen, daß im Allgemeinen Rechte, gegen welche bloß eine exceptio ſtatt findet, und welche alſo nur ope exceptionis als unwirkſam erſcheinen, ſo lange noch exiſtiren und zuſtehen, als nicht der Schuldner die Einrede dagegen wirklich geltend gemacht hat. Dieſer Vorausſetzung aber ſteht nicht nur die allgemeine Regel der l. 112. D. *de R. J.*: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, noch practiſcher ausgedrückt in der l. 66. D. *eod.*: desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem, entgegen; ſondern auch die ſpecielle Anwendung dieſer Regel auf die condictio indebiti, welche doch, wenn der obige Satz richtig wäre, immer dann hinwegfallen müßte, wenn der Schuldner, dem eine exceptio zur Seite ſteht, ohne ſich hierauf zu berufen, ſeine Verbindlichkeit erfüllt hat. In der l. 26. §. 3. D. *de condict. indeb.* heißt es nämlich: indebitum autem solutum accipimus, non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit; und Thibaut[h]) zieht aus dieſer und einigen andern Stellen das allgemeine Reſultat: „Wir haben die beſtimmte Vorſchrift, daß, wenn das Geſetz einem Gläubiger bloß zum Vortheil des Schuldners

g) Archiv ꝛc. S. 407. 416. Vergl. a. Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit. §. 92. Gönner Handbuch d. Proceſſes. B. I. Abh. 10. §. 13.

h) Syſtem des Pandectenrechts. Th. I. §. 202.

(dieſe Modification gründet ſich auf l. 40. D. *eod.*) die Klage abſpricht, oder wenn dieſem bloß eine Einrede gegen die Klage jenes geſtattet iſt, eben dadurch das ganze Recht des Gläubigers erliſcht;" und wenn dieſer Schriftſteller noch hinzufügt, es ſeyen die Römer dieſen Grundſätzen nicht überall treu geblieben, ſo paßt doch keiner der Fälle, wo ſie von ſolcher abgewichen ſind, hierher. Wollte man aber auch annehmen, daß für denjenigen, welchem die Einrede der Verjährung gegen eine Klage competirt, doch eine obligatio naturalis übrig bleibe [i]), ſo könnte dies doch keine weitere Folgen haben, als daß derjenige, welcher, ohne die Verjährung geltend zu machen, wirklich zahlte, das Gezahlte nicht als indebitum zurückfordern könne, weil die obligatio naturalis eine exceptio für den Empfänger begründet; allein hier iſt ja lediglich von dem Falle die Rede, wo noch nicht gezahlt, ja wo noch nicht einmal die Condemnation zur Zahlung erfolgt iſt, wo es alſo, um von Seiten des Gläubigers dieſe Comdemnation zu veranlaſſen, einer demſelben zuſtehenden vollkommen wirkſamen Klage nothwendig bedarf, und wo alſo der Richter, welchem das Erlöſchen dieſer Klage bekannt und aus den Acten ſelbſt zur Gewißheit geworden iſt, durch eine Verurtheilung des Verklagten, ohne Rückſicht auf dies Erlöſchen, in der That ein Erkenntniß fällen würde über eine Klage, welche geſetzlich gar nicht exiſtirt. — Ein weiterer Hauptgrund, welcher für die Unſtatthaftigkeit einer Berückſichtigung der erlöſchenden Verjährung von Amts wegen geltend gemacht wird, iſt ſodann, daß der Richter nur Geſetze, nicht auch Facta, ſuppliren könne, die Einrede der Verjährung aber auf factiſchen Umſtänden beruhe, indem ſie ſich auf eine geſetzmäßige Zeit und bona fides gründe [k]), auch durch replicirte Facta, z. B. Interruption, elidirt werden könne; ob dieſe der Kläger nicht entgegnen werde, wenn der Verklagte die Einrede wirklich vorſchütze, wiſſe ja der Richter nicht, und ſo könne die exceptio praescriptionis nicht einmal den liquiden Einreden beigezählt werden [l]). Allein ſoviel vorerſt die Facta der Exception ſelbſt betrifft, iſt das eine derſelben, bona fides, bei der erlöſchenden Verjährung, wovon hier allein die Rede iſt, nicht erforderlich;

i) wovon jedoch ganz neuerlich noch v. Wening im Lehrb. d. Civilrechts. B. 1. §. 50. B. 3. §. 132. ſehr beſtimmt das Gegentheil behauptet hat.

k) Hagemann a. a. O. Th. I. S. 332.

l) Archiv ꝛc. S. 406. Gönner a. a. O. S. 253.

das andre aber, der Zeitablauf, iſt kein äußeres Ereigniß, deſſen Exiſtenz eine Wahrnehmung durch die Sinne und alſo eine eigentliche Beweisführung vorausſetzte; es ergiebt ſich daſſelbe vielmehr durch bloße Folgerung, ſobald die Entſtehungszeit der Klage bekannt iſt; hiervon aber muß — das iſt ja eben die Hauptbedingung der ganzen Streitfrage — mit juriſtiſcher Gewißheit aus den Acten conſtiren; ſo viel aber die Facta der Replik betrifft, wird aller Anſtand dadurch gehoben, daß der Richter auf die von Amts wegen supplirte Einrede nur nicht ſofort definitiv entſcheidet, ſondern dem Kläger zuvor Veranlaſſung giebt, ſeine etwaigen Einwendungen noch vorzubringen, gerade ſo, wie wenn der Verklagte ſelbſt die Einrede vorgeſchützt hätte.

Daher wird denn auch von den bewährteſten juriſtiſchen Schriftſtellern älterer und neuerer Zeit, mit nur ſehr wenigen Ausnahmen, einſtimmig das Princip aufgeſtellt, daß die Einrede der Verjährung, ſobald ſie dem Richter aus den Acten klar erſichtlich geworden, von Amts wegen ſupplirt werden müſſe [m]). Aus dieſem Grundſatze aber folgt um ſo gewiſſer, daß dieſelbe wenigſtens alsdann nicht unberückſichtigt bleiben könne, wenn ſie wirklich von dem Verklagten, nur verſpätet, vorgebracht worden iſt, indem auf dieſen Fall gar nicht einmal die obigen Gegengründe paſſen.

Für den mit dieſer Anſicht übereinſtimmenden Gerichtsgebrauch des Oberappellationsgerichts zu Caſſel laſſen ſich Erkenntniſſe von der älteren Zeit aus drei verſchiedenen Epochen — von 1761, 1775 und 1792 — nachweiſen. Dem letzten derſelben, abgedruckt in der Sammlung der Deciſionen [n]), dient zwar der daſelbſt angeführte Grundſatz, daß „der Richter ſchuldig ſey, ex officio auf die Präſcription Rückſicht zu nehmen, si notoria sit ex actis, quamvis haec

m) Carpzov iurisprud. forensis. P. I. const. 25. def. 1. Lynker consultationes. T. II. resp. 122. n. 3. Hert consilia et responsa. T. II. dec. 76. n. 1. Lauterbach collegium pandectarum. Lib. 44. tit. 3. §. 20. Wernher observationes forenses. T. I. P. I. obs. 294. T. III. P. I. obs. 94. Böhmer exercitationes ad Pand. T. II. ex. 35. §. 12. Rave doctr. de praescript. §. 166. Struben rechtl. Bedenken. Th. IV. Bed. 73. §. 1. Gebr. Overbeck Meditationen. Th. IV. N. 258. Claproth Einl. in den bürg. ord. Proceß. §. 134. N. VII. Gönner Rechtsfälle. B. III. N. 32. §. 12. Dabelow über die Verjährung. Anh. §. 2. Martin Lehrb. des Proceſſes. §. 93.

n) Decisiones supr. tribun. appellat. Hasso-Cassel. T. III. dec. 134. n. 18.

exceptio a reo non sit allegata,“ nicht zum directen Entſcheidungsgrunde; doch iſt er darum nicht weniger beſtimmt ausgeſprochen, und mit einigen Geſetzſtellen, ſo wie mit der Autorität von Zangen, Brunnemann, Mevius und Berger, unterſtützt. Die beiden ältern Fälle aber ſind für die vorliegende Rechtsfrage ganz unmittelbar entſcheidend. In dem erſten (Procur. Fisci g. Freund,) ging die Beſchwerde des Appellanten einzig dahin, daß er, als Kläger, von der Regierung angewieſen worden, ſich auf die in duplicis opponirte exceptio praescriptionis triplicando vernehmen zu laſſen, wogegen er namentlich die in dem J. R. Abſchiede §. 37, ſo wie in der heſſiſchen Proceßordnung von 1745, §. 67, enthaltene Androhung der Präcluſion geltend machte; das Oberappellationsgericht aber verwarf die Appellation, weil es „ausgemachten Rechtens ſey, daß die Präſcription zu allen Zeiten, vor und nach der Litiscontestation, ſelbſt bei der Execution, opponirt, ja ſogar vom Richter ex officio ſupplirt werden könne.“ In dem andern Falle (v. Wallenſteinſcher Curator gegen Stift Wallenſtein) war die Einrede der Verjährung ſogar erſt in der Appellations-Inſtanz neu vorgeſchützt worden; dennoch fand das Oberappellationsgericht ſich bewogen, dieſelbe zuzulaſſen, und darauf ein reformatoriſches Erkenntniß zu gründen, indem man dafür hielte: „es ſtehe zwar dieſe Exception unter die post litis contestationem noviter exortas nicht zu rechnen, und hätte ſolchemnach der Appellant ſich damit offenbar verſäumt; weil jedoch, falls die Präſcription gegründet ſey, die Action von ſelbſt hinwegfallen würde, und alsdann dem Richter obliege, jene Einrede ex officio zu ſuppliren, mithin den Kläger mit ſeiner erloſchenen Klage a limine iudicii abzuweiſen,“ der Ablauf der Verjährungszeit aber aus den Acten erhelle, ſo könne der Appellant mit dieſer Einrede nicht enthört werden, und ſey dem Appellaten nur die zu rechtsgehöriger Zeit bewirkte Interpellation beizubringen nachzulaſſen. — An dieſen beiden Erkenntniſſen haben drei der ausgezeichnetſten Mitglieder des Oberappellationsgerichts, deren zwei zugleich als Schriftſteller über das vaterländiſche Recht in verdientem Anſehn ſtehen — Kopp, Lennep, Ihrink — Theil genommen, und eben dieſe Theilnahme ſichert jenen Erkenntniſſen um ſo mehr die Eigenſchaft gültiger Zeugniſſe eines conſtanten Gerichtsgebrauches. Mit Rückſicht hierauf fand daher das Oberappellationsgericht auch kein Bedenken, in einem neuerlich vorgekommenen Falle dieſer, durch die obige Ausführung auch theoretiſch gerechtfertigten, Praxis zu folgen.

Chriſtoph H. zu Elbersdorf, in väterlicher Gewalt ſeiner Kinder, klagt im Jahre 1819 gegen den Bruder ſeiner verſtorbenen Ehefrau, Johannes R. zu Elben, auf Erbvertheilung in Anſehung des in des Letzteren Beſitz befindlichen elterlichen Nachlaſſes.

Nach weiterer Verhandlung wird dem Kläger der Beweis des factiſchen Grundes ſeiner Klage und dem Verklagten der Beweis der von ihm vorgeſchützten Einreden des Vergleichs und der rechtskräftigen Entſcheidung auferlegt.

Beide Theile treten die ihnen obliegenden Beweiſe an; nach einem hierauf erfolgten weiteren Vorerkenntniſſe übergiebt aber der Verklagte, nun zuerſt durch einen Anwalt vertreten, einen Auszug aus dem Kirchenbuche, zufolge deſſen zur Zeit der angeſtellten Klage ſein Vater bereits 46 und ſeine Mutter ſchon 59 Jahre todt geweſen ſey; er gründet hierauf die Einrede der Verjährung, indem die Erbtheilungsklage mit dem Verlauf von 30 Jahren erlöſche, und glaubt, hiermit noch gehört werden zu müſſen, weil er, als der Rechte unkundig, dieſe Einrede nicht gekannt habe, dieſelbe auch von Amts wegen berückſichtigt werden müſſe;

wogegen der Kläger ihn, nach dem Grundſatze des Proceſſes, daß alle Einreden gegen eine Klage ſofort in der Exceptionalhandlung vorgebracht werden müßten, mit ſeiner verſpäteten Einrede der Verjährung zurückzuweiſen bittet.

Es wird jedoch in erſter Inſtanz hierauf erkannt, daß der Kläger mit ſeiner durch die erwieſene Verjährungszeit erloſchenen Klage ab= und zur Ruhe zu verweiſen ſey;

dieß Erkenntniß aber in der höheren Inſtanz dahin abgeändert, daß die Einrede der Verjährung als verſpätet zu verwerfen, und in der Sache ſelbſt was Rechtens zu erkennen ſey; als Entſcheidungsgrund wird angeführt, daß alle Einreden bey der Litisconteſtation unter dem Rechtsnachtheile der Präcluſion vorgeſchützt werden müßten, auch die Einrede der Verjährung hiervon keine Ausnahme mache, indem ſie nicht zu den privilegirten gehöre.

Das Oberappellationsgericht hingegen billigte die Entſcheidung des Unterrichters, indem es zugleich die von dem Kläger ſchon in der vorigen Inſtanz geltend gemachten Thatſachen, welche theils den Anfang der Verjährung gehindert, theils eine Unterbrechung derſelben bewirkt haben ſollten, berückſichtigte. Dieſe Thatſachen waren: eine ſtatt gehabte Uebereinkunft wegen Fortſetzung der Gemeinſchaft bis zu einem gewiſſen Zeitpuncte, von welchem an die Verjährung noch nicht vollendet ſeyn würde, und eine an die Ehefrau des Klägers bey ihrer

Verheirathung

Verheirathung von dem Verklagten geleiſtete Abſchlagszahlung auf ihr Erbtheil; beide hielte man nämlich für erheblich, und zwar die *erſte*, weil die in der l. 1. §. 1. C. de annal. exc. gegründete Verjährbarkeit der actio familiae herciscundae nothwendig vorausſetze, daß der zur Theilung aufgeforderte Verklagte die Erbſchaft allein, mit Ausſchließung der übrigen, 30 Jahre hindurch als einziger Erbe beſeſſen habe [n]), durch eine Uebereinkunft der erwähnten Art aber dieſe Vorausſetzung aufgehoben und eine temporäre Unverjährbarkeit der Erbtheilungsklage begründet werde [o]); die *zweite* jener Thatſachen aber hielte man um deßwillen für erheblich, weil eine vor dem Ablauf der Verjährungszeit erfolgte Anerkennung der Verbindlichkeit die Verjährung unterbreche [p]), für eine ſolche Anerkennung aber auch eine abſchlägliche Zahlung zu halten ſey [q]). Demnach erfolgte am 29. Jun. 1822 nachſtehendes reformatoriſche Oberappellationsgerichts-Decret:

„In Erwägung, daß die 30 und 40jährige Verjährung, nach ausdrücklicher Vorſchrift der Geſetze, eine völlige Erlöſchung derjenigen Klage, welche innerhalb dieſer Friſt nicht angeſtellt worden, zur Folge hat, und dem Berechtigten die Befugniß, von einer ſolchen Klage nachher noch Gebrauch zu machen, gänzlich entzieht;

daß demnach kein Richter für ermächtigt zu halten iſt, auf eine ſolche geſetzlich erloſchene Klage, ſobald ihm nur von den hierbei vorausgeſetzten Thatſachen actenmäßige Gewißheit vorliegt, den Verklagten zu verurtheilen;

es daher auch dieſem Letzteren in jeder Lage des Proceſſes unbenommen ſeyn muß, ſich jener Einrede, unter Nachweiſung ihrer factiſchen Vorausſetzungen, zu bedienen;

und hiermit auch der gleichförmige Gerichtsgebrauch bei dieſem Tribunale vollkommen übereinſtimmt;

in weiterer Erwägung jedoch, daß der Appellat in der vorigen Inſtanz zwei neue Thatumſtände vorgebracht hat, die, wenn ſie gegründet wären, der vom Appellanten behaupteten Verjährung entgegen ſtehen würden, nämlich 1) daß eine ausdrückliche Uebereinkunft wegen

n) Glück Erläut. der Pand. Th. XI. §. 727.

o) Vinnius selectae quaestiones. Lib. I. cap. 34. Glück a. a. O.

p) l. 7. §. 6. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

q) l. 18. §. 5. D. de pecun. const. Leyser meditationes ad pandectas. Spec. 464. med. 4.

Fortſetzung der Gemeinſchaft des ſtreitigen Nachlaſſes bis zu einem Zeitpuncte, ſeit welchem die Verjährung noch nicht abgelaufen ſeyn würde, ſtatt gefunden habe; auch 2) durch Entrichtung einer Abſchlagszahlung auf der Appellaten Erbtheil der Lauf der Verjährung unterbrochen worden ſey;

und daß derſelbe demnach mit dieſen Behauptungen nicht enthört werden kann;

werden die vom Procurator S. gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß, mit Aufhebung der Regierungs-Remiſſorialen vom 28. October 1820 und mit Suspenſion des Amtsbeſcheides vom 30. November 1819, der Appellat mit den angeführten neuen Thatumſtänden in erſter Inſtanz noch zu hören, und darauf, nach fernerer Verhandlung, weiter w. R. zu erkennen ſey."

III.

Von der Berechnungsweiſe der gegen Unmündige angefangenen Verjährung.

Kaum ſollte man nach dem entſcheidenden Ausſpruche, welchen einer der erſten Rechtsgelehrten unſrer Zeit — Thibaut [a]) — über den Gegenſtand dieſer Abhandlung gefällt hat, denſelben noch einer weiteren Prüfung bedürftig halten. Da inzwiſchen das Oberappellationsgericht zu Caſſel bei ſeinen Erkenntniſſen von einer ganz anderen Anſicht ausgeht, ſo kann die Mittheilung der Gründe deſſelben doch nicht ohne Intereſſe ſeyn.

„Gegen Pupillen läuft nur die vierzigjährige Präſcription. Daß man Pupillengüter gar nicht verjähren könne, iſt eine offenbar ganz falſche Behauptung.“ Dieß iſt jener Ausſpruch Thibaut's, in ſeiner abſoluten Faſſung wohl dazu geeignet, dem Vertheidiger einer abweichenden Meinung die größte Behutſamkeit zu empfehlen. Mehrere neuere Schriftſteller haben ſich gleichwohl nachher noch zu jener „ganz falſchen Behauptung“ bekannt [b]), auch Thibaut iſt indeſſen der ſeinigen noch in den neueren Ausgaben ſeines Syſtems des Pandectenrechts treu geblieben, und hat dabei, ohne weitere Beachtung der gegentheiligen Gründe, lediglich auf die obige Stelle ſeiner früheren Schrift verwieſen [c]).

Practiſch wichtig iſt der Streitpunct ungezweifelt. Die Verſchiedenheit der Computationsweiſe beſteht nemlich darin, ob man entweder den Lauf der gegen einen Unmündigen angefangenen Verjährung erſt mit erlangter Mündigkeit be-

a) Ueber Beſitz und Verjährung. §. 29.

b) Dabelow über die Verjährung. Th. II. §. 210. a. E. Unterholzner von der Verjährung. §. 59. Schweppe römiſches Privatrecht. §. 170.

c) Th. II. §. 1028.

ginnen läßt, und ihn nun nach der gegen Minderjährige ſtatt findenden Verjährungsfriſt berechnet, oder ob man, nach Thibaut, einer ſolchen gegen den Unmündigen angefangenen Verjährung ein für alle Mal eine vierzigjährige Dauer beilegt; welche Verſchiedenheit zur Folge hat, daß bald in dem einen bald in dem anderen Falle, je nachdem nämlich dem Unmündigen noch viele oder nur wenige Jahre an der Mündigkeit fehlen, die Verjährung frühzeitiger beendigt wird, wovon Thibaut ſelbſt ein erläuterndes Beiſpiel anführt.

Uebrigens betrifft dieſe ganze Streitfrage nicht die gewöhnliche, binnen 10 bis 20 Jahren zu vollendende Erſitzung, indem alle Verjährungsarten unter 30 Jahren (praescriptiones temporales) den Minderjährigen überhaupt gar nicht laufen [d]), ſondern nur die längere von 30 bis 40 Jahren, in Anſehung deren es für die Minderjährigen nach allgemeinen Grundſätzen gehalten werden ſoll [e]). Auch bei dieſen letzteren Arten der Verjährung ſoll, wie die (Not. b.) angeführten Schriftſteller, in Uebereinſtimmung mit mehreren älteren Juriſten [f]), annehmen, den Unmündigen, als ſolchen, gar keine Verjährung laufen, indem nämlich die Jahre dieſer gänzlichen Nichtſelbſtſtändigkeit an der Verjährungszeit in Abzug gebracht werden. Dieſe Anſicht nun glaubt Thibaut durch eine Vergleichung der l. 3. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *ann.* mit l. 4. *eod.* und l. 5. C. *in quib. caus. in int.* widerlegen zu können, wobei er ohne Zweifel davon ausgeht, daß, indem das letzterwähnte Geſetz die 30 und 40jährige Verjährung gegen Minderjährige zuläßt, das erſtere von der dreißigjährigen Verjährung die pupillaris aetas ausnimmt; das mittlere (l. 4. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *ann.*) aber die vierzigjährige für alle Fälle, wo die 30jährige nicht ausreicht, beſtimmt; hieraus folge, daß eben dieſe 40jährige Verjährung auch auf res pupillares anzuwenden ſey.

Dagegen läßt ſich jedoch einwenden: 1) die l. 5. cit. redet nur von eigentlichen Minderjährigen, alſo ſolchen, welche die Mündigkeit erreicht haben; denn

d) l. 3. C. quib. non obiicitur. l. 5. C. in quib. caus. in int. Mackeldey Lehrbuch des römiſchen Rechts. §. 316. Not. k.

e) l. 5. C. cit.

f) Brunnemann ad l. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann. §. 4. Lauterbach coll. pand. Lib. 41. tit. 3. §. 24. Rave doctrina de praescriptione. §. 28. Höpfner Commentar über die Inſtitutionen. §. 395.

ſie unterſtellt im Allgemeinen den Fall der Reſtitution, welche nur bei dieſen ſtatt findet, und drückt durch die Worte: exceptionibus 30 vel 40 annorum in suo statu remanentibus, offenbar nichts anders aus, als daß in Anſehung dieſer Verjährungsarten, je nachdem der Fall an und für ſich (auch in Anſehung der Volljährigen) für die eine oder andere ſich eignet, nichts abgeändert ſeyn ſolle; zu einer reſpectiven Deutung der 30 und 40 Jahre auf Mündige und Unmündige findet man aber darin nicht die geringſte Veranlaſſung; vielmehr ſcheint 2) gegen dieſe Vorausſetzung Thibaut's die l. 3. cit. ſchon nach ihrem buchſtäblichen Inhalte zu entſcheiden, indem es daſelbſt heißt: pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario iis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt; denn hierin iſt nicht geſagt, daß die 30jährige Verjährung gar nicht gegen die Unmündigen ſtatt finden ſolle, ſondern nur, daß die Zeit der Unmündigkeit von dieſer Verjährung ausgenommen ſeyn, ſobald ſie, die Unmündigen, aber zu dem Alter gelangen, wo die Tutel in eine Curatel übergeht, alsdann gegen ſie, wie gegen Andre, die 30jährige Verjährung laufen ſoll; daher auch 3) dieſer Fall gar nicht als unter der allgemeinen Sanction der l. 4. C. cit. begriffen geachtet werden kann, indem dieß Geſetz nur zur Aushülfe für diejenigen Fälle, wofür kein anderes eine Verjährungszeit feſtgeſetzt, die 40jährige Verjährung als letztes Ziel beſtimmt. Es läßt ſich auch 4) noch ein indirecter Beweis, daß die Verjährung gegen Unmündige nicht unter der allgemeinen Regel der 40jährigen Verjährung in der l. 4. cit. begriffen ſey, leicht dadurch führen, daß nach l. 7. pr. §. 1. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *ann.* ſogar die vierzigjährige Verjährung noch einen Zuſatz durch die Zeit der Unmündigkeit leidet. In dieſer Stelle wird nämlich zunächſt verfügt, die hypothekariſche Klage gegen dritte Beſitzer ſolle mit 30 Jahren verjährt ſeyn, si non interruptum erit silentium, aut si aetas impubes excipienda monstretur, ſodann aber die Dauer dieſer Klage gegen den Schuldner ſelbſt auf 40 Jahre beſtimmt, jedoch ebenfalls wieder mit der Ausnahme, nisi aetas, sicut dictum est, intercesserit. Dieſem Allem dient endlich 5) zur ſpeciellen Erläuterung die Nov. 22. cap. 24., in welcher die Verjährung der vom Vater veräußerten Güter ſeiner Kinder auf 30 Jahre beſtimmt wird, welche

dieſen von der Zeit zu laufen anfangen ſollen, wo ſie aus der våterlichen Gewalt getreten ſind „nisi tamen aliqua impubes aetas adiuvet adhuc,“ wodurch alſo der Unmůndigkeit die Wirkung beigelegt wird, daß wåhrend ihrer noch ferner der Lauf der Verjåhrung nicht beginnt.

Es iſt daher die gegen einen Unmůndigen angefangene Verjåhrung ſtets ſo zu berechnen, daß dieſelbe wåhrend der Impubertåt gånzlich ſtille ſteht, und, von erlangter Můndigkeit an, dem (nun můndig gewordenen) Minderjåhrigen 30 oder 40 Jahre, nach Verſchiedenheit des Falles, laufen. Dieſe Berechnungsart iſt die bei dem Oberappellationsgerichte angenommene, wie die nachſtehenden Beiſpiele ergeben, welche darin noch ein ganz beſonderes practiſches Intereſſe darbieten, daß in dem einen jene Computationsweiſe, in Vergleichung mit der Annahme einer 40jåhrigen Dauer, den Unmůndigen zum Vortheile, im andern zum Nachtheile gereichte.

I.

Paul K. zu Niedergrenzebach nimmt einen im Beſitze des Paul F. daſelbſt befindlichen Bauplatz als ſein Eigenthum in Anſpruch. Letzterer behauptet den Erwerb deſſelben durch Verjåhrung, und es wird ihm der Beweis dieſer Einrede auferlegt.

Die Ausſagen der hierůber abgehörten Zeugen ergeben zwar beſtimmt, daß der Verklagte und ſeine Vorfahren den Bauplatz ſeit 30 Jahren beſeſſen haben, über eine långere Zeit aber iſt ihr Zeugniß ſchwankend; das Juſtizamt erkennt jedoch den Beweis für erbracht, weil das Eigenthum der Hofraithe per praescriptionem ordinariam habe erworben werden können.

In der Appellations-Inſtanz beruft der Klåger ſich hauptſåchlich darauf, daß er bei ſeines Vaters Tode nur 3 Jahre alt geweſen ſey, die noch übrigen 22 Jahre ſeiner Minderjåhrigkeit aber nach der Regel: non valenti agere non currit praescriptio, bei der Verjåhrung nicht zur Computation gebracht werden durften; die Berufung wird jedoch als ungegründet abgeſchlagen, weil nach den Zeugenausſagen der Appellat und ſeine Vorfahren den fraglichen Platz ſeit 30 und 40 Jahren ungeſtört beſeſſen håtten, daher ſelbſt die bei den Sachen Unmündiger geſetzlich vorgeſchriebene Verjåhrungszeit (nämlich 40 Jahre) als abgelaufen anzunehmen ſey.

Das Oberappellationsgericht aber reformirte mittelſt Erkenntniſſes vom 27. Octob. 1819 jene Entſcheidung dahin, daß der dem Appellaten (Verklagten) auferlegte Beweis nicht für

vollbracht zu halten, demſelben jedoch nachzulaſſen ſey, den ſich vorbehaltenen beſſern Beweis rechtserforderlich beizubringen. Die Entſcheidungsgründe waren: „daß zwar die abgehörten Zeugen den Beſitzſtand des Appellaten von einer mehr als 30jährigen Zeit bewahrheiteten, daß jedoch hiervon die Dauer der Unmündigkeit des Appellanten nach ſeines Vaters Tode abgezogen werden müſſe.“ Und aus dem vorausgegangenen Vortrage erläutert ſich dieſes noch mehr dahin, daß während der Unmündigkeit alle Verjährung ſchlafe.

2.

Im Jahre 1817 erheben die Geſchwiſter H. gegen die Geſchwiſter S. eine Erbtheilungsklage wegen einiger ſeit 1780 in der letzteren privativem Beſitze befindlichen Grundſtücke. Die Verklagten berufen ſich auf Verjährung, und es wird ihnen der Beweis derſelben nachgelaſſen, auch, nachdem ſie ſolchen durch Zeugen zu führen geſucht, der Ergänzungseid über einen Beſitz von 30 Jahren vor Anſtellung der Klage (mit den rechtlichen Erforderniſſen) aufgelegt.

Die Kläger appelliren hiergegen, und machen hauptſächlich auch ihre Minderjährigkeit zu der Zeit, wo jene zu beſitzen angefangen, geltend; ſie werden aber in zweiter Inſtanz mit ihrer Klage gänzlich abgewieſen, weil aus ihrem Vortrage das Nachgeben eines Ablaufs von 30 Jahren ſeit der Zeit, wo ſie hätten klagen können, hervorgehe, und nicht anzunehmen ſey, daß ſie damals noch minderjährig geweſen wären.

Das Oberappellationsgericht, bei welchem die Kläger ihre weitere Berufung hauptſächlich damit unterſtützten, daß ſie im Jahre 1780 erſt 12 Jahre alt, mithin noch unmündig geweſen ſeyen, daher gegen ſie nur die 40jährige Verjährung ſtatt finden könnte, hielt zwar jenen Umſtand, hinſichtlich der einen Coappellantin, durch einen von derſelben beigebrachten Auszug aus dem Kirchenbuche für erwieſen, erkannte aber deſſen ungeachtet mittelſt Urtheils vom 2. Octob. 1822, auf Beſtätigung der Remiſſorialen voriger Inſtanz, „weil die in dieſer Inſtanz erfolgte Nachweiſung, daß die Coappellantin R. im Jahre 1780, als dem Entſtehungspuncte der gegen ſie angeſtellten Erbtheilungsklage, erſt 12 Jahre alt, mithin noch unmündig geweſen, der appellatiſchen Einrede der Verjährung nicht entgegen ſtehe, da ſelbſt nach Abzug der noch übrigen Jahre der Unmündigkeit, mehr als 30 Jahre bis zu der erſt im Jahre 1817 angeſtellten Klage verfloſſen ſeyen.“

IV.

Von dem weſentlichen Unterſchiede und den Kennzeichen des Modus und der Conditio, inſonderheit bei Legaten.

Es iſt eine der ſchwierigſten Aufgaben für die Praxis, ſolche Begriffe, die in der Sprache des gemeinen Lebens und daher auch im Gebrauche bei der Abſchließung von Rechtsgeſchäften und den ſchriftlichen Aufſätzen über ſolche mit einerlei Worten bezeichnet werden, obgleich ſie ihren rechtlichen Wirkungen nach aufs Weſentlichſte von einander verſchieden ſind, in demjenigen Sinne zu deuten, welcher ihnen nach der Abſicht deſſen, von welchem ſie gebraucht wurden, in der That zukommt, und gar oft wird man ſich in dem Falle befinden, über dieſen Punct ein juriſtiſches Urtheil zu fällen, welches die über die Abſicht des Disponenten noch übrigen Zweifel keinesweges beſeitigt. In vorzüglich hohem Grade gilt dieſe Bemerkung von dem Ausdrucke: Bedingung, beſonders wenn er in letzten Willens-Verordnungen vorkommt. Dieſer Ausdruck bezeichnet nämlich ſowohl die Conditio im engern Sinne, als den Modus, des römiſchen Rechts, und für Letzteren fehlt es im gemeinen Sprachgebrauche ſogar gänzlich an einem eigenthümlichen Ausdrucke, indem der in der neueren Zeit üblich gewordene: Zweckbeſtimmung, abgeſehen von der nachher zu erwähnenden Ungenauigkeit, noch nicht einmal allgemein in die juriſtiſche Sprache aufgenommen, vielmehr vorerſt nur als der literariſchen angehörig zu betrachten iſt. Jener gleichförmigen Bezeichnung ungeachtet erhält indeſſen die mit einer Bedingung verſehene Verfügung eine gänzlich verſchiedene Deutung, je nachdem man mit dieſem Ausdrucke den rechtlichen Begriff einer Conditio im engern Sinne oder eines Modus verbindet, in welcher Hinſicht ich hier vorerſt nur die weſentlichſte Verſchiedenheit in den Wirkungen beider bemerklich

merklich mache, daß nämlich das Hinzufügen einer Bedingung im erſteren Sinne, inſonderheit einer ſuspenſiven, den Erwerb des durch die Verfügung begründeten Rechts ſo lange gänzlich verhindert, als nicht das bedingende Ereigniß wirklich eingetreten iſt; im letzteren Sinne hingegen dem ſofortigen Rechtserwerbe nicht im Wege ſteht, daher in dieſem Falle auch eine Transmiſſion auf die Erben ſtatt findet, in jenem nicht. — Dieſe Verſchiedenheit der Wirkungen, von welcher nachher noch ſpecieller die Rede ſeyn wird, iſt ganz unzweifelhaft, wenn man in einem gegebenen Falle darüber Gewißheit hat, daß die einer Verfügung hinzugefügte Bedingung entweder ein modus, oder daß ſie eine conditio im engeren Sinne ſey; allein um hierüber zur Gewißheit zu gelangen, reicht die bloße Anſicht des Inhalts und der Wortfaſſung der auszulegenden Verfügung nur ſelten hin, wenn man nicht mit den innern, dieſe beiden Rechtsbegriffe in ihrer Verſchiedenheit von einander characteriſirenden, Merkmalen genau bekannt iſt, und die gerade vorliegende Bedingung einer genauen Prüfung hiernach unterwirft.

Unterſuchen wir nun vorerſt, was unter modus im rechtlichen Sinne verſtanden werde, ſo wird ſich hieraus gar leicht durch bloße Folgerung ergeben, wann, im Gegenſatze zu demſelben, die eigentliche conditio vorhanden ſey. Mehrere Schriftſteller finden das unterſcheidende Kennzeichen des modus lediglich darin, daß durch denſelben ein Zweck ausgedrückt werde, zu welchem der Gegenſtand der Verfügung verwendet werden ſoll [a]), und hierin haben dieſelben eine Menge geſetzlicher Beiſpiele für ſich, in denen ein Gegenſtand mit der Beſtimmung einem Andern geſchenkt oder vermacht wird, ut ex eo aliquid faciat aut det. [b]). Wäre dieſes richtig, ſo könnte die Anwendung keine Schwierigkeit haben; allein gar leicht laſſen ſich noch eben ſo viele geſetzliche Beiſpiele aufzählen, in welchen ein modus im rechtlichen Sinne vorkommt, ohne daß dabei von einer Ver-

a) Thibaut Syſt. d. Pandectenrechts. Th. I. §. 130. — Auch von dem Merkmale der Verwendung ausgehend, jedoch in etwas weiterem Umfange, definirt den modus Makeldey im Lehrb. des röm. Rechts. §. 161 a. Gleicher Meinung ſcheint Glück in der Erläut. d. Pand. Th. IV. §. 336, zu ſeyn.

b) l. 17. §. 4. D. *de cond. et dem.* l. 2. C. *de his quae sub modo.* l. 16. D. *de us. et usufr.* l. 1. C. *de donat. quae sub modo.* l. 2. §. 7. D. *de donationib.* l. 22. C. *eod.*

wendung zu einem beſtimmten Zwecke nur die Rede iſt, wie nachher noch gezeigt werden wird. Man muß daher das characteriſtiſche Merkmal des modus in in etwas Anderem aufſuchen. Und darauf ſcheint mir ſchon die grammatiſche Bedeutung von modus hinzuführen, deren Anwendung noch mehr in die Augen fällt, wenn man den mit einem modus verſehenen Verfügungen und inſonderheit Legaten die Benennung modificirter Legate beilegt, ſo wie man die mit einer eigentlichen Bedingung verſehenen bedingte Legate zu nennen pflegt. Unter modificirten Legaten würde man nach dieſer ihrer grammatiſchen Bedeutung diejenigen zu verſtehen haben, in Anſehung deren der Teſtator durch eine dem Legatar gemachte Auflage ſeine Liberalität beſchränkt, indem er von dem Legatar eine Gegenleiſtung für das empfangene Legat fordert; dahingegen durch die Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewiſſen Ereigniſſes, beruhe dies auf äußeren Umſtänden, oder auf dem Willen des Legatars, abhängig gemacht wird. Hieraus ergiebt ſich, daß der modus inſonderheit mit der conditio potestativa darin zwar übereinſtimmt, daß bei beiden eine Handlung des Legatars den Gegenſtand der dem Legat beigefügten Nebenbeſtimmung ausmacht; zugleich aber geht daraus die weſentliche Verſchiedenheit beider hervor, daß durch den modus der Legatar zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, bei der conditio hingegen dieſe Handlung als etwas noch Ungewiſſes vorausgeſetzt wird; dieſe Verſchiedenheit bleibt, wenn gleich die Nebenbeſtimmung auf das nemliche Factum gerichtet, ja ſelbſt, wenn in einem wie dem anderen Falle der, für beides gewöhnliche, Ausdruck: Bedingung, gebraucht worden iſt, z. B. wenn der Teſtator das Legat vermacht, entweder mit der Bedingung (d. h. zu dem Zwecke), daß der Legatar ihm ein Denkmal ſetze, oder mit der Bedingung (d. h. auf den Fall), wenn ihm von dem Legatar ein Denkmal geſetzt ſeyn werde. Bei Hinzufügung jener erſteren Beſtimmung, als modus, will der Teſtator den Zweck eines ihm zu ſetzenden Denkmals durch den Legatar erreichen; er legt ihm das zu dieſem Zweck dienende Factum als Verbindlichkeit auf; das Legat wird dahin modificirt, daß der Legatar für den Empfang des Legats dieſe Gegenleiſtung übernehme; dahingegen jene letztere Beſtimmung, als conditio, nur von der Möglichkeit oder Erwartung, daß der Legatar ein Denkmal ſetzen werde, ausgeht, dieſes Factum als ein von deſſen Willkühr abhängendes Ereigniß vorausſetzt, und das Legat dadurch bedingt, daß der Legatar das vorausge-

ſetzte Factum wirklich vornehme; in dieſem Falle erſcheint alſo das Legat gewiſſermaßen als Vergeltung für das in der Bedingung liegende Factum, in jenem das in dem modus liegende Factum als theilweiſe Vergeltung für das Legat.

Dieſe Anſicht ſtimmt auch mit den Geſetzen und deren Interpretation durch angeſehene juriſtiſche Schriftſteller vollkommen überein. Am genaueſten beſtimmt in dieſer Hinſicht Hugo [c]) die Begriffe von modus und conditio, indem er unter letzterer eine äußere als zufällig angeſehene Begebenheit verſteht, erſteren aber als Einſchränkung, welche einem Vermächtniſſe oder Geſchenke beigefügt worden, bezeichnet. Modus enim latine idem valet, quod quantitas, ita modus obligationis dicitur, ut consideretur, quantum in ea sit [d]). Dicitur modus a moderando, quod moderetur dispositionem seu promissionem [e]). In dieſem Sinne heißt es in der l. 4. §. 1. D. *de servit.*, in ausdrücklichem Gegenſatze zur conditio: modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur etc. Daher beſtimmt Hofacker [f]) den Unterſchied des modus und der conditio dahin: exprimitur modus verbis disponentibus, ut ab altero fieri aliquid vel non fieri debeat, eoque respectu differt a conditione, quae nihil disponit, sed eventum aliquem exprimit, in quem disponitur. — Einen klaren Beleg hierzu giebt die l. 80. D. *de cond. et dem.*, welche auch allgemein als die hauptſächlichſte Beweisſtelle allegirt wird: non parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat. Letzteres, wodurch der modus ausgedrückt wird, bringt die Handlung des Legatars in unmittelbare Beziehung auf den Willen des Teſtators, und macht ſie zu einem Beſtandtheile ſeiner Dispoſition. Qui adjecit modum negotio, is statim vult, negotium valere, sed tantum vult amplius, ut aliquid postea fiat, ad quod alter accipiens tenetur [g]).

c) Lehrbuch des römiſchen Rechts. §. 60. 61.

d) Giphanius lecturae ad digesta. Lib. 44. tit. 4. lex 44. n. 53.

e) Müller ad Struv. Exerc. 29. th. 5. not. γ.

f) principia iuris civilis. T. I. §. 197.

g) Giphanius l. c. n. 9.

Die hieraus entſtehende Verbindlichkeit, der beigefügten Einſchränkung zu genügen, drückt, in ſpecieller Beziehung auf Liberalitäten, die l. 8. C. *de condict. ob caus. dat.* durch dictam legem donationi vel liberalitati aus [h]). — Die Bedingung im engeren Sinne hingegen legt nie eine Verbindlichkeit auf [i]); non potest agi, ut conditio impleatur [k]). Bemerkenswerth iſt in dieſer Hinſicht die Erklärung des Cujaz [l]): qui sic loquitur: lego tibi fundum, si Titio dederis decem, non valde vult, Titio dari decem, sed id relinquit in arbitrio et potestate tua; qui vero sic loquitur: lego tibi fundum ita, ut des Titio decem, valde vult, Titio dari decem. Daß hiernach der modus nichts anders, als, vom Geſichtspuncte des Teſtators aus betrachtet, eine causa legati in futurum collata, vom Geſichtspuncte des Honorirten aus, eine Gegenleiſtung für die erhaltne Liberalität ſey, führt beſonders deutlich Hübner [m]) in folgender Stelle [n]) aus: Iam qui leget vel alia ad memoriam forte conservandam aut ad funus pertinentia iubeat, exploratum est, ea iubere, quae ab herede, hereditatis acceptae causa, dari fierive velit; quod dum facit, quid aliud faciat, quam ut heredem cum modo, sive cum causa legandi in futurum collata, institutioni adjuncta, et hereditatem minime suspendente, scribat? Habes enim, qui det, immo qui sic det, ut, qui accipit, similiter det vel faciat. Hieraus erklärt ſich die Vergleichung der donatio sub modo mit der donatio remuneratoria bei Siphanius [o]), indem nemlich erſtere alsdann vorhanden iſt, si causa ad praeteritum referatur, letztere si in futurum refertur.

Ganz unweſentlich iſt es hierbei, daß die Gegenleiſtung des Legatars in einer Verwendung des legirten Gegenſtandes ſelbſt zu dem vom Teſtator beſtimmten

h) ebenſo l. 9. l. 22. C. *de donationib.* l. 3. C. *de contr, emt.*

i) Glück Erläut. d. Pand. Th. IV. §. 336. Not. 99.

k) l. 41. pr. D. *de contr. emt.*

l) observationes. Lib. 14. cap. 25.

m) disputationes juris civilis. Cap. 10.

n) p. 121.

o) in lectura ad Codicem. Lib. 8. tit 54. n. 1.

Zwecke geſchehe, indem der modus auch jede andere mit jenem Gegenſtande in keiner Verbindung ſtehende Auflage enthalten kann. So wird in der l. 19. D. *de legat.* III. das Beiſpiel angeführt: si tibi legatum est, ut quid facias, ohne alle nähere Beſtimmung, und in dem Falle der l. 1. C. *de his quae sub modo* beſtand der modus darin, daß die Beſchenkte heirathen ſollte [p]); auch enthalten die Geſetze ſogar Beiſpiele von Unterlaſſungshandlungen als Gegenſtand des modus [q]). Daher definirt Schweppe [r]) den modus im Allgemeinen dahin, daß er jede bei Ueberlaſſung einer Sache an Andere über deren Verwendung oder ſonſt Etwas gemachte Vorſchrift ſey, und v. Wening [s]) durch die Nebenbeſtimmung, welche bei der Ertheilung eines Rechts über den Zweck, oder was ſonſt der Empfänger thun oder laſſen ſoll, gemacht wird; daher derſelbe auch modus durch Auflage überſetzt. Das non fieri inſonderheit nimmt auch Hofacker [t]) in den Begriff des modus mit auf. — Das Entſcheidende iſt demnach immer und allein der ausgedrückte Wille des Teſtators, daß der Legatar eine gewiſſe Handlung vornehme, und die hieraus entſtehende Verpflichtung des Letzteren zu dieſer Handlung; die hierauf ſich beziehenden geſetzlichen Ausdrücke ſind: secundum defuncti voluntatem — voluntati testatoris parere — voluntati testatoris parere compelli [u]); wohingegen bei eigentlichen Bedingungen, ubi non potest agi, ut conditio impleatur, das bedingende Ereigniß ſtets als etwas Geſchehenes vorausgeſetzt, und daher im geſetzlichen Ausdrucke ſtets das Präteritum: fuerit, dederit, nupserit, gebraucht wird, ſelbſt wenn der Geſtand in einer Handlung des Legatars, wobei der Teſtator ſelbſt ein Intereſſe hat, beſteht; wie ſolches im Allgemeinen mit dem ganzen Pandectentitel de conditionibus et demonstrationibus zu belegen ſteht, und für den erwähnten ſpeciellen Fall inſonderheit aus §. 31. I. *de legat.* u. l. 80. D. *de cond. et dem.* ſich er-

p) noch andere Fälle in der l. 71. §. 1. 2. D. *de cond. et dem.*

q) l. 69. §. 3. D. *de legat.* III.

r) röm. Privatr. §. 121.

s) Lehrb. des Civilr. B. I. §. 142.

t) l. c.

u) l. 17. D. *de usu et usufr.* l. 1. C. *de don. quae sub mod.* l. 8. §. 7. D. *de cond. instit.* l. 21. §. 3. D. *de ann. leg.*

giebt. Als ein äußeres Unterſcheidungszeichen des modus iſt daher auch der Gebrauch der Partikel: daß, nicht wenn, zu betrachten, was von den meiſten Rechtsgelehrten ausdrücklich als ſolches anerkannt wird, nam conjunctio: si conditionem, particula vero: ut modum importat [v]); und dafür giebt die l. 80. D. *de cond. et dem.* eine geſetzliche Autorität. In zweifelhaften Fällen iſt für den modus und gegen die conditio zu vermuthen, nach der allgemeinen Präſumtion für den Rechtsbeſtand und vollen Effect eines jeden Rechtsgeſchäfts, welcher bei einer dispositio modalis gewiß, bei der conditionalis aber völlig unſicher iſt [w]).

Wo nun aber ein modus in dieſem Sinne als vorhanden anzunehmen iſt, da leidet es, rückſichtlich der juriſtiſchen Wirkung, keinen Zweifel, daß die Dispoſition, welcher derſelbe beigefügt wurde, eine an ſich unbedingte iſt, und der modus nur eine Nebenverpflichtung für den Honorirten bewirkt [x]), daß daher, inſonderheit bei Vermächtniſſen, der Erwerb des Rechtes nicht ſuspendirt wird, und der Honorirte nur wegen Erfüllung des modus Caution zu leiſten ſchuldig iſt [y]), daß es jedoch demſelben nicht ſchadet, wenn die Erfüllung ohne ſeine Schuld verhindert wurde [z]). Einigen Zweifel an der Verſchiedenheit der juriſtiſchen Wirkung eines sub conditione oder sub modo vermachten Legats ſcheinen nun zwar die Worte der l. 1. C. *de his quae sub modo:* in legatis quidem etiam modus adscriptus pro conditione servatur, zu veranlaſſen; es iſt jedoch längſt von den bewährteſten Schriftſtellern klar nachgewieſen worden, daß dieſe, in ſolcher Allgemeinheit anderen ſpeciell verfügenden Geſetzen geradezu widerſprechende, Verfügung nichts weiter, als eine Gleichſtellung des modus und der conditio in der Kraft der Verbindlichkeit an und

v) Perez comm. ad Cod. Lib. 6. tit. 45. Giphanius l. c. Cujacius l. c. Lauterbach colleg. pand. Lib. 2. tit. 14. §. 89.

w) Voetius comm. ad Pand. Lib. 35. tit. 1. §. 14. Glück a. a. O. v. Wening a. a. O. §. 143.

x) l. 17. §. 2. l. 44. D. *de manum. testam.* Thibaut Pandectenr. Th. I. §. 130.

y) l. 19. D. *de legat.* III. l. 40. §. 5. l. 80. D. *de cond. et dem.*

z) l. 1. C. *de his quae sub modo.* Schweppe röm. Privatr. §. 799.

für ſich betrachtet, praecipue implementi intuitu, quatenus scilicet modus generaliter adiectus aeque ac conditio impleri debet *), enthalte, ohne daß dadurch die ſonſtige ſpecifiſche Verſchiedenheit beider aufgehoben würde [a]).

Die bisher entwickelten Grundſätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel in dem folgenden Falle zur Anwendung.

Franz Eckhard M. errichtet im Jul. 1803 ein Teſtament, worin er unter Anderem verfügt, daß von ſeiner Univerſalerbin, der Ehefrau des Pfarrers S. zu Witzenhauſen, an die beiden jüngſten Kinder des Hauptmanns A. 500 Louisd'or verabfolgt und berichtigt werden ſollen, „mit der Bedingung jedoch, daß gedachte beide Kinder den Namen M. zu dem ihrigen nehmen und führen.“ Zugleich wird deren Mutter der lebenslängliche Nießbrauch dieſes Legats vermacht, und unter beiden Legataren das ius accrescendi verordnet, auf den kinderloſen Todesfall der Legatare aber und nach dem Ableben ihrer Mutter der Rückfall an die Schweſtern des Teſtators oder deren Leibeserben verfügt.

Im December 1813 ſtirbt eins der Kinder, Theodor A., ohne den Namen M. angenommen zu haben, und im October 1821 klagt das noch übrige Kind, Wilhelmine A., welche bis dahin ebenfalls der teſtamentariſchen Bedingung noch nicht genügt hatte, gemeinſchaftlich mit ihrer Mutter, das befragte Legat theils aus eignem Rechte, theils als Erbinnen des verſtorbenen Legatars, gegen die Univerſalerbin bei der Regierung zu Caſſel ein.

Die Verklagte ſchützt als proceßhindernd die Einrede der nicht erfüllten Bedingung des Legats, den Namen des Erblaſſers dem ihrigen beizufügen, vor, wogegen die Kläger die deßfallſige Beſtimmung als einen bloßen modus, welcher den Erwerb des Legats nicht hindere und erſt nach deſſen Empfang erfüllt zu werden brauche, darzuſtellen ſuchen, auch als Gründe, daß ſolches jetzt nicht mehr geſchehen könne, den Tod des Collegatars und die Verheirathung der Mitklägerin, Wilhelmine A., anführen.

*) Voet. l. c. §. 13.

a) Donellus comm. iur. civ. Lib. 8. cap. 17. Cujacius l. c. Lauterbach l. c.

Hierauf erkennt die Regierung am 22. März 1823, daß die Klägerinnen mit ihrer Klage angebrachter Maaßen abzuweiſen ſeyen; in Erwägung nämlich, daß, ſoviel den von den beiden Klägerinnen auf den Antheil des verſtorbenen Theodor A. am Vermächtniß gemachten Anſpruch betreffe, das Teſtament vermöge der Beſtimmung: es ſolle in dem Falle, wo beide Kinder ohne Leibeserben verſtürben, nach auch erfolgtem Ableben deren Mutter, das Legat an die beiden Schweſtern des Teſtators oder deren Leibeserben zurückfallen, die Beerbung der Legatare durch ihre Seitenverwandten und Ascendenten hinſichtlich des vermachten Gegenſtandes ausſchließe, und hiernach die auf der Klägerinnen Eigenſchaft als Erben des Theodor A., gegründete Klage keine Statt finde; — daß auch in Anſehung der andern Hälfte des Vermächtniſſes nur die Mitklägerin, Wilhelmine A., ihre Berechtigung als Legatarin ausgeführt habe, und hierbei die ihr ſofort als liquid entgegengeſetzte Einrede der nicht erfüllten Bedingung des Teſtamentes in Betracht komme, — daß die Verfügung dieſes Letzteren: die Legatare ſollen den Namen M. zu dem ihrigen nehmen und führen, nicht für eine Zweckbeſtimmung, an deren Begriff es hier fehle, ſondern für eine Bedingung, zu halten ſey, dieſe aber als eine aufſchiebende von der Mitklägerin, ehe ſie das Legat erwarten könne, erfüllt werden müſſe; — daß dieſelbe auch zu ihrer Entſchuldigung wegen der bisherigen Nicht-Erfüllung auf ihre Heirath um ſo weniger ſich berufen könne, als ſie nicht behaupte, zur Zeit der vom Teſtament erhaltenen Kenntniß ſchon verheirathet geweſen zu ſeyn, vielmehr nach der Rubrik ihrer Klage und nach der Unterſchrift und Beglaubigung der vorgelegten Vollmacht derſelben anzunehmen ſey, daß ihre Verheirathung, wenn ſolche überhaupt Statt gehabt habe, erſt im Laufe des Rechtsſtreites erfolgt ſey; — daß demnach zur Zeit der erhobenen Klage der Mitklägerin in Anſehung ihres Antheils am Vermächtniß ein Klagerecht noch nicht erworben war; — und daß übrigens den Klägerinnen, als Rechtsnachfolgern des Theodor A., da dieſer bei ſeinem vor dem Eintreten der Bedingung erfolgten Tode das Legat noch gar nicht erworben hatte, die nämliche Einrede der nicht erfüllten Teſtaments-Bedingung entgegen ſtehen würde.

Das Oberappellationsgericht aber erkannte in Anſehung der Haupteinrede reformatoriſch, ohne die bei demſelben wegen des Antheils des Theodor A. von den Klägerinnen nachgeholte Beziehung auf das teſtamentariſche ius accrescendi zur Entſcheidung geeignet zu halten, durch nachſtehendes am 4. Febr. 1824 ertheilte Decret.

„In Erwägung, daß, inſofern der Anſpruch der Appellantinnen aus dem Rechte des verſtorbenen Theodor A. hergeleitet worden, der Klaggrund ausdrücklich in deren Eigenſchaft

als

als geſetzliche Erben deſſelben geſetzt iſt, dieſe Eigenſchaft ihnen aber aus den vom Obergerichte angeführten Gründen nicht zukommt,

und daß auch eine Abänderung des Klaggrundes in der höhern Inſtanz vermöge der Appellationswohlthat nicht ſtatt findet;

daß jedoch den Appellantinnen, da ſie nur angebrachter Maaßen abgewieſen worden, eine neue Klage, wenn ſie ſolche auf die teſtamentariſche Dispoſition ſelbſt gründen zu können glauben, unbenommen iſt;

in weiterer Erwägung, daß, ſoviel den Anſpruch der Appellantinnen aus eignem Rechte betrifft, es zunächſt auf die denſelben als proceßhindernd entgegengeſetzte Einrede der nicht erfüllten Suspenſiv-Bedingung ankommt;

daß jedoch eine ſolche in der den beiden Legataren vom Teſtator gemachten Auflage, den Namen M. zu dem ihrigen zu nehmen und zu führen, nicht enthalten iſt, da der Gebrauch des Ausdrucks: Bedingung, nach dem teutſchen Sprachgebrauche hierüber nichts entſcheidet, die ſonſtige Faſſung jener Auflage aber, als ihrem Inhalte nach auf die Zukunft gerichtet, und in der äußern Wortfügung der poſitiv ausgedrückten Verordnung der Verabfolgung und Berichtigung des Legats erſt nachfolgend, vielmehr einen modus im juriſtiſchen Sinne bezeichnet,

mit der rechtlichen Natur eines ſolchen auch der aus der ſo gefaßten Verfügung erſichtliche Zweck des Teſtators, den Legataren die Annahme und Führung ſeines Namens als eine Verbindlichkeit aufzulegen, deren Erfüllung eine Gegenleiſtung für den Empfang des ihnen zugewandten Legats ſeyn ſollte, völlig übereinſtimmt;

daß aber die einem Legat ſolchergeſtalt beigefügte Einſchränkung oder Beläſtigung den Erwerb des Legates ſelbſt nicht aufhält, ſondern nur den Legatar zur nachherigen Erfüllung des modus verpflichtet, und den Erben, deshalb Caution zu verlangen, berechtigt;

werden die vom Procurator D. B. gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß über die Klage der Appellantinnen, ſoweit dieſelbe auf deren eignes Recht gegründet iſt, mit Verwerfung der derſelben entgegen geſetzten Einrede der nicht erfüllten Bedingung, auf die dagegen von der Appellatin weiter vorgebrachten Einwendungen von dem Obergerichte was Rechtens zu erkennen, im Uebrigen aber es bei dem Beſcheide vom 22. März vorigen Jahrs zu belaſſen ſey."

V.

Das geſetzliche Pfandrecht, welches die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters wegen des unter ſeiner Verwaltung ſtehenden eignen Vermögens derſelben haben, bezieht ſich nur auf die von der Mutter und den mütterlichen Aſcendenten, nicht auch auf die von den mütterlichen Seitenverwandten, ihnen zugefallenen Gegenſtände.

Zu den bedeutenderen Controverſen des römiſchen Rechts gehört auch die Frage, deren Beantwortung den Gegenſtand dieſer Erörterung ausmacht [a]), wiewohl ſich, beſonders in der neueren Zeit, eine überwiegende Stimmenmehrheit unter den juriſtiſchen Schriftſtellern für diejenige Anſicht entſchieden hat, welche auch hier als die richtigere aufgeſtellt wird. Mehrere derſelben erſcheinen als neutral bei dieſem Streite, indem ſie nur angeben, daß den Kindern ein geſetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters wegen ihrer bona materna et materni generis zuſtehe [b]), ohne ſich darüber, in welcher Ausdehnung der Begriff der bona materni generis zu verſtehen ſey, näher zu erklären. Unter denjenigen, welche ſich gegen die Beſchränkung dieſes geſetzlichen Ausdrucks auf die von der Mutter oder mütterliche Aſcendenten herrührenden Güter erklären, bezeugen einige nur die ihnen bekannte Praxis, ohne ſelbſt damit einverſtanden zu ſeyn [c]); unter den übrigen gehen mehrere allerdings ſo weit, den Kindern ein geſetzliches Pfandrecht wegen aller

a) Walch ius civ. controv. Sect. IV. cap. 3. membr. 2. subsect. 2. §. 21.

b) Hofacker princ. iur. civ. T. II. §. 1182. Günther princ. iur. rom. T. II. §. 676. Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts. §. 370.

c) Hellfeld iurispr. forens. T. II. §. 1088. Not. ††††. Wernher observ. forens. T. I. P. I. obs. 19.

unter des Vaters Verwaltung ſtehender bona adventitia, ohne Unterſchied, zuzugeſtehen [d]), andre hingegen mißbilligen zwar eine ſo weite Ausdehnung, wollen jedoch auch Güter, welche von den mütterlichen Verwandten überhaupt herrühren, unter dem Ausdrucke: bona materni generis, begriffen halten [e]). Es hat indeſſen jene noch beſchränktere Deutung auf ſolche Güter, welche den Kindern von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten zugefallen ſind, längſt ſchon einzelne Vertheidiger gefunden [f]), ehe ſie noch, wie man von der jetzigen Zeit wohl annehmen kann, zur herſchenden geworden iſt; doch bedarf ſie eigentlich der Autoritäten nicht, da es ihr an einer ſichern theoretiſchen Begründung nicht fehlt.

Nach dem älteren römiſchen Rechte konnten Kinder in väterlicher Gewalt durchaus nichts Eigenthümliches beſitzen; Alles, was ſie erwarben, erwarben ſie dem Vater, welcher frei darüber verfügen und ſolches veräußern konnte. Von dieſer allgemeinen Regel machte, nachdem ſich ſchon früher eine Abweichung in Anſehung des peculium castrense gebildet hatte, Kaiſer Conſtantin in l. 1. C. *de bonis maternis et materni generis*, eine Ausnahme in Anſehung derjenigen Sachen, welche den Kindern von ihrer Mutter zufallen (res maternae), indem deren Eigenthum den Kindern erworben und nur der Nießbrauch und die Verwaltung dem Vater zuſtehen ſollte; eben dieſes verfügten ſodann die Kaiſer Honorius und Arcadius in l. 2. C. *eod.* von Demjenigen, quidquid avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes, nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamento, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo

d) Struv. synt. iur. civil. Ex. 26. §. 15. ibique Müller lit. λ. Meier colleg. iur. argent. Lib. 20. tit. 2. §. 9. Stryk us. mod. pand. Lib. 20. tit. 2. §. 10. Westenberg princ. iur. digest. Lib. 20. tit. 2. §. 12. lit. γ. Berger oecon. iur. Lib. 2. tit. 5. §. 3. lit. δ.

e) Gmelin Ordn. d. Gläub. im Gantproceß. Cap. 4. §. 18. Hufeland Lehrb. d. Civilrechts. Th. II. §. 943.

f) Leyser med. ad pand. Sp. 226. med. 4. Hellfeld in diss. de diverso pignoris iure liber. in bon. parent. comp. §. 17.; in opusc. p. 116. Struben rechtl. Bed. Th. III. Bed. 54. Höpfner Comment. zu den Inſtit. §. 719. Auch ſind dahin wohl zu rechnen: Böhmer in iure eccl. protest. Lib. 3. tit. 42. §. 47. Lauterbach in coll. pand. Lib. 20. tit. 2. §. 56. sqq.

largitatis, vel etiam intestati successione, contulerunt (bona materni generis). Zur Sicherung ſowohl jener, als dieſer Gegenſtände — substantia materna vel ex materna linea ad eos devoluta — welche der Vater ſeinen Kindern zu erhalten verpflichtet iſt, ertheilte nun Juſtinian in der l. 8. §. 5. C. *de sec. nupt.* den Kindern ein Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters. Späterhin verordnete er weiter in der l. 6. C. *de bon. quae libb.*, daß, ſo wie ſchon nach dem ältern Rechte viele Sachen, welche von außen her den Kindern zufallen, namentlich die bona materna, dem Vater nicht erworben würden, eben dieſes auch von allem Demjenigen gelten ſollte, was den Kindern nicht aus dem Vermögen des Vaters, ſondern ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eos perveniant, erworben wird; auch an dieſen Sachen ſoll der Vater nur den Nießbrauch haben, das Eigenthum aber den Kindern ad exemplum maternarum rerum verbleiben. Dieſer Verordnung aber wird ſogleich die Einſchränkung ausdrücklich beigefügt, ut in successione quidem earundem rerum, quae extrinsecus filiisfamilias adquiruntur, jura eadem observentur, quae in maternis rebus statuta sunt; non autem hypothecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant.

Hiernach iſt es völlig klar, daß das geſetzliche Pfandrecht der Kinder nur rückſichtlich der ihnen von der Mutter oder mütterlichen Aſcendenten zugefallenen Gegenſtände begründet ſey, denn es wird 1) ihnen nur gegeben in Beziehung auf bona materna vel ex materna linea ad eos devoluta; hierunter aber iſt nur die Linie der mütterlichen Aſcendenten zu verſtehen, weil mit dem Ausdrucke linea ſchon an und für ſich im römiſchen Rechte die directe Linie gewöhnlich bezeichnet wird [g]), und inſonderheit aus der Zuſammenſtellung der l. 2. C. *de bon. mat.* und l. 1. C. *de bon. quae libb.*, wo namentlich von Aſcendenten aus der mütterlichen Linie — avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes — die Rede iſt, dieſe nämliche Auslegung mit der obigen Anwendung hervorgehet; 2) es wird den Kindern jenes geſetzliche Pfandrecht ausdrücklich verſagt bei extrinsecus erworbenen Gütern, im Gegenſatze zu Dem, was in Anſehung der bona materna verordnet iſt, unter welchen Letz-

g) l. 9. D. *de gradibus.* coll. l. 1. pr. *eod.* l. 10. §. 9. D. *eod.*

teren man zwar wohl auch die von mütterlichen Aſcendenten herrührenden (bona materni generis [h]), welche die Geſetze ausdrücklich den von der Mutter ſelbſt herrührenden gleichſtellen, keineswegs aber die von mütterlichen Seitenverwandten, deren eben dieſe Geſetze überall nicht gedenken, herrührenden, begriffen halten kann.

Der einzige Zweifelsgrund, welcher aus den Worten der l. 6. §. 4. C. *de bon. quae libb.* „cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis ceterisque donationibus,“ entlehnt werden könnte, wird nach der obigen Interpretation noch zu einem Beſtärkungsgrunde, wenn man nämlich dieſe bloß relativ redende, nichts Neues verordnende, Stelle auf die beiden Fälle der l. 1 und 2. C. *de bon. mat.* beziehet.

Mit dieſer Anſicht ſtimmen, außer den oben bereits angeführten, auch noch folgende der neueſten Schriftſteller: Thibaut [i]), Meisner [k]), Glück [l]), Schweppe [m]) und von Wening [n]) überein, und das Oberappellationsgericht zu Caſſel hat dieſelbe im nachſtehenden Rechtsfalle zur Anwendung gebracht.

In dem über das Vermögen des Weisgerbers W. zu Melſungen erkannten Concurſe werden die Kinder des Gemeinſchuldners in die fünfte Claſſe mit einer Forderung collocirt, welche in dem Verkaufspreiſe von Grundſtücken, die ihnen durch ein Teſtament ihres mütterlichen Oheims zugefallen waren, beſteht.

h) rubr. tit. C. *de bon. mat.* coll. l. 2. *eod.*
i) Syſt. d. Pandectenrechts. Th. II. §. 643.
k) vom ſtillſchweigenden Pfandrechte. §. 132.
l) Erläuterung d. Pand. Th. XIX. §. 1088. S. 134.
m) röm. Privatrecht. §. 348.
n) Lehrb. d. Civilr. B. 2. §. 136.

Der Vormund der Kinder verlangt aber, mit dieſer Forderung in die dritte Claſſe geſetzt zu werden, weil den Rechten nach die Kinder wegen ihrer in våterlicher Verwaltung und Nutznießung befindlichen mütterlichen oder von mütterlichen Verwandten ererbten Güter eine allgemeine geſetzliche Hypothek håtten, weßhalb er ſich auf die l. 8. §. 5. C. *de sec. nupt.* und l. 6. §. 4. C. *de bonis quae libb.* bezieht.

Hiergegen proteſtirt jedoch ein den Kindern vorgeſetzter Glåubiger, weil die von dem Gemeinſchuldner verkauften Grundſtücke zum peculium adventitium ſeiner Kinder gehört håtten, denſelben aber nur wegen des peculium profectitium eine allgemeine Hypothek am Vermögen ihres Vaters zuſtehe.

Durch einen weitern Amtsbeſcheid wird es auch bei der obigen Collocation gelaſſen, und zu deſſen Motivirung angeführt, daß die Kinder wegen des peculium adventitium in der Regel, und inſofern es nicht aus mütterlichen Illaten beſtehe, nach l. 6. §. 2. C. *de bon. quae libb.* kein legales Pfandrecht håtten, und die von dem Liquidanten angeführte l. 8. §. 5. C. *de sec. nupt.* nur wegen der Vortheile aus der erſten Ehe ein Pfandrecht verleihe, oder von der dos zu verſtehen ſey, die weiter angeführte l. 6. §. 4. C. *de bon. quae libb.* aber nur remiſſiv ſey, und durch den §. 2. der nåmlichen Conſtitution ihre Beſtimmung erhalte, dieſe Conſtitution (l. 6. cit.) auch neuer ſey, als jene (l. 8. cit.), ihr folglich, wenn ſie eine entgegenſtehende Beſtimmung enthielte, derogire.

Die hiergegen ergriffene Berufung wird von der Regierung zu Caſſel, weil die Entſcheidungsgründe des Unterrichters durch die dabei angezogenen Geſetze unterſtützt ſeyen, als ungegründet zurück gewieſen;

und dieſes Erkenntniß auch von dem Oberappellationsgerichte, mit Rückſicht auf die obige Ausführung, durch ein Decret vom 25. Jan. 1823 beſtåtigt.

VI.

Von der Unanwendbarkeit des anaſtaſianiſchen Geſetzes 1) auf die Ceſſion ungewiſſer Forderungen; 2) auf die zur Sicherheit für eine Darlehnsſchuld geſchehene Ceſſion; 3) auf den Verkauf von Staatsobligationen.

I. Das anaſtaſianiſche Geſetz, oder die vom Kaiſer Anaſtas herrührende l. 22. C. *mandati*, ſo wie ſie von Juſtinian in der l. 23. C. *eod.* ausdrücklich beſtätigt und gegen beabſichtigte Umgehung noch mehr geſichert worden iſt, verordnet ganz allgemein: Ut ne quis alienum subeat debitum, cessione in eum facta, et ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori! Ja es wird dieſe Allgemeinheit der Verordnung an und für ſich dadurch noch beſtärkt, daß Juſtinian einige von Anaſtas erwähnte Ausnahmsfälle ausdrücklich nur als ſolche, qui specialiter illa sanctione continentur, bezeichnet, mithin jede weitere Ausnahme hierdurch mißbilligt.

Dieß könnte man demnach auch von denjenigen annehmen, die, ohne in dem anaſtaſianiſchen Geſetze ſpeciell genannt zu ſeyn, doch aus der darin angeführten Veranlaſſung und dem Grunde deſſelben gefolgert werden zu müſſen ſcheinen. Und ſo beurtheilen die meiſten neueren Rechtsgelehrten inſonderheit den Fall, wo eine ungewiſſe und zweifelhafte Forderung den Gegenſtand der Ceſſion ausmachte. Zufolge der Einleitung zu jener Verordnung waren es nämlich gerade indubitatae obligationes, welche der Geſetzgeber unmittelbar vor Augen hatte, und in Anſehung deren er vorausſetzte, daß der urſprüngliche Gläubiger dieſelben lieber ſelbſt würde eingeklagt, als (um einen geringeren Preis) auf einen Anderen übertragen haben, weßhalb eine ſolche Ceſſion als Folge der Ueberredung

von Seiten des Ceſſionars anzuſehen ſey. Auch deuten ſogar einzelne Ausdrücke in dem verfügenden Theile des Geſetzes auf eine fortwährende Beziehung deſſelben auf dergleichen in der Einleitung erwähnte Forderungen und deren Ceſſion hin, indem das Verbot ſelbſt nur gegen Diejenigen gerichtet wird, welche tales cessiones — ejusmodi cessionem — ſich zu verſchaffen wiſſen. Dagegen aber bietet freilich Juſtinians neuere Verordnung, welche den Inhalt des anaſtaſianiſchen Geſetzes ſo allgemein, wie die oben extrahirte Stelle ergiebt, in ſich aufgenommen hat, keinen Stoff zu einer ſolchen Beſchränkung dar, und gewährt vielmehr ein ſtarkes Argument für deren gänzliche Verwerfung. Mit Rückſicht hierauf ſtellt daher Schweppe [a]) als unzweifelhaft den Satz auf: „die Mißlichkeit der Forderung, und das daher entſtandene Riſico des Erwerbers, kann natürlich nicht gegen das Geſetz ſchützen;“ und Glück [b]) nimmt an: „man öffne der Chicane offenbar den Weg aufs Neue, den ihr das Geſetz verſchließen wollte, wenn man behaupte, der Preis, den der Ceſſionar für die erhandelte Schuld bezahlt habe, ſey nicht bloß nach der Größe und dem Betrage der Schuldſumme zu beurtheilen, ſondern dabei zugleich auf die Gewißheit und Sicherheit der Forderung, Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erhebung, ſo wie nicht minder auf die Umſtände der Zeit und des Orts, Rückſicht zu nehmen.“ Hiermit ſtimmen im Allgemeinen auch v. Bülow und Hagemann [c]), Thibaut [d]) und v. Wening [e]) überein.

Von der anderen Seite ſind jedoch mehrere, vorzüglich ältere, Schriftſteller der Meinung, daß die Anwendung des anaſtaſianiſchen Geſetzes ceſſire, si quis debitum immaturum, hoc est, in futurum et certos terminos solvendum, praesenti emat pecunia, quamvis pretio summa debita minori [f]), oder wie Hofacker [g]) ſich ausdrückt: in debito minus securo, inidoneo

a) röm. Priv. Recht. §. 402.

b) Erläut. d. Pand. Th. XVI. §. 1024. S. 466.

c) pract. Erörterungen. B. IV. N. 40.

d) Syſt. d. Pandectenrechts. Th. I. §. 80.

e) Lehrbuch des Civilrechts. B. III. §. 150. N. u.

f) Lauterbach colleg. pand. Lib. 18. tit. 4. §. 65.

g) princ. iur. civil. T. IV. §. 1954.

doneo ob moram vel malitiam debitoris minus exigibili. Die als Grund einer Ausnahme vom Geſetze hier vorausgeſetzte Unſicherheit muß jedoch, wie auch ſchon dieſe näheren Bezeichnungen ergeben, eine ſolche ſeyn, welche in den beſondern factiſchen Umſtänden des Schuldverhältniſſes ſelbſt begründet iſt, es reicht aber dazu keinesweges ſchon diejenige Unſicherheit hin, welche davon herrührt, daß die Forderung erſt eingeklagt werden muß, und alſo dem ungewiſſen Ausgange eines Proceſſes überhaupt anheim fällt; denn gerade unter dem Geſichtspuncte der gerichtlichen Verfolgung verbietet das Geſetz die Ceſſionen, wie insonderheit die Ausdrücke: cessiones competentium actionum — redemtores litium alienarum — qui alienas subiit actiones — klar beweiſen; daher auch Hofacker [h]) ſeiner obigen Aeußerung den allgemeinen Satz vorausſchickt: nil interest, utrum nomen sit certum an incertum et controversum. — Sonſtige Schriften, in welchen man die eine oder die andere Meinung über die obige Hauptfrage vertheidigt findet, hat Glück [i]) in reichlicher Anzahl verzeichnet. Eine beſondre Modification der Anwendung des anaſtaſianiſchen Geſetzes auf unſichere Forderungen ſchlagen Müller [k]) und Günther [l]) dahin vor, daß nur bei der Beurtheilung der Verhältnißmäßigkeit des Preiſes auf die Unſicherheit der Forderung Rückſicht genommen werde, wohin auch Hofacker ſich zu neigen ſcheint.

Der kurheſſiſche Gerichtsgebrauch hat ſich über dieſe ſehr ſtreitige Rechtsfrage ſchon in der früheren Zeit für die eingeſchränktere Auslegung und Anwendung des anaſtaſianiſchen Geſetzes ausgeſprochen, und dieſer Praxis iſt man auch noch in der neueſten Zeit bei dem höchſten Tribunale gefolgt, hauptſächlich auch mit Rückſicht auf die Oberappellationsgerichts-Ordnung, welche Tit. V. §. 13. [m]) die Vorſchrift enthält: es ſolle, damit aller Ungleichheit in Entſcheidung der Rechtsſachen vorgebeugt, und, ſoviel nur immer möglich, ein ius certum eingeführt

h) l. c. §. 1953.

i) a. a. O. Not. 5. u. 6.

k) ad Struvii synt. Exerc. 23. th. 81. not. β. n. II.

l) princ. iur. rom. T. II. §. 980.

m) Sammlung der Landesordnungen. B. IV. S. 926.

werden möge, Dasjenige, was über die unter den Rechtsgelehrten ganz ſtreitigen Meinungen hier im Lande angenommen ſey, ſo lange zum Grunde genommen werden, bis von Seiten des Landesherrn ein Anderes verordnet werde. — Schon darin, daß man angenommen hat, es falle „die ſonderbare Disposition des vornehmlich ad refrenandas illicitas litium redemtiones abzweckenden legis anastasianae“ hinweg, wenn „das Hauptrequisitum der in dieſem lege verbotenen Ceſſionen, nämlich animus vexandi debitorem et fraudulenta circumductio,“ unerfindlich ſey [n]), iſt offenbar der Weg gebahnt zu dem Folgeſatze, daß das anaſtaſianiſche Geſetz inſonderheit auch auf den Fall, wo wegen Mißlichkeit der Forderung ein geringerer Preis verabredet wurde, keine Anwendung finde, indem durch jene Entſcheidung einmal feſtgeſetzt iſt, daß das Geſetz nicht nach ſeiner unbedingten Dispoſitive, ſondern nach dem veranlaſſenden Grunde, alſo mit Rückſicht auf die factiſchen Umſtände eines jeden einzelnen Falles, anzuwenden ſey, welche Beſchränkung es eben iſt, die von den neueren Rechtsgelehrten gänzlich verworfen wird [o]). Außerdem iſt aber auch der Grundſatz ſelbſt, daß auf die Ceſſion ſolcher Forderunrungen, welche mit beſonderen Schwierigkeiten in der Beitreibung verbunden ſind, das anaſtaſianiſche Geſetz keine Anwendung leide, in einer ſpäteren Entſcheidung, mit Beziehung auf jene frühere, ausdrücklich anerkannt worden [p]). Ein Beleg für die dermalige, hiermit übereinſtimmende, Praxis des Oberappellationsgerichts wird hiernächſt mitgetheilt werden.

II. Unter die Ausnahmsfälle, welche man in der l. 22. C. *mandati* ſpeciell ausgedrückt findet, gehört auch die wegen einer Schuld des Cedenten an ſeinen Gläubiger geſchehene Ceſſion; exceptis scilicet cessionibus, quascunque vel creditor, vel is, qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione, accepit. Daß hiernach, wenn die Schuld des Cedenten der Ceſſion ſchon vorausging, und dieſe als Tilgungsmittel von jener vorgenommen wurde, mithin darin eigentlich eine da-

n) *Decisiones.* T. I. dec. 41.

o) Thibaut und Glück a. a. O. Mühlenbruch von der Ceſſion der Forderungsrechte. §. 53. S. 52.

p) *Decisiones.* T. III. dec. 30. n. 14—17.

tio in solutum enthalten iſt, die Vorſchrift des anaſtaſianiſchen Geſetzes keine Anwendung leide, möchte kaum zu bezweifeln ſeyn [q]); wiewohl einige Schriftſteller [r]), und unter dieſen ſogar Voet [s]), das Gegentheil behaupten. Allein viel bedenklicher dürfte es ſeyn, ob auch alsdann, wenn die Schuld gleichzeitig mit der Ceſſion entſtanden iſt, wenn inſonderheit bei einer Darlehnsſchuld das Darlehn mit der Ceſſion in einem Geſchäft verbunden, auch das Bekenntniß des Schuldners über den Empfang der dargeliehenen Summe und die Ceſſion einer dieſem zuſtehenden Forderung an den Gläubiger in einer Urkunde enthalten iſt, jene geſetzliche Vorſchrift zur Anwendung komme. Die eigenthümliche Natur einer Ceſſion, wie ſie das anaſtaſianiſche Geſetz bei ſeinem Verbote vorausſetzt, muß hierüber entſcheiden. Eine Ceſſion in dem Sinne dieſes Geſetzes iſt nichts anders, als der Verkauf einer Schuldforderung; ſie enthält alſo, dieſer ihrer Eigenſchaft zufolge, weſentlich die gänzliche Uebertragung der Forderung auf den Ceſſionar oder Käufer, welcher dadurch völliger Eigenthümer der cedirten Forderung wird; auf dieſe Uebertragung und die Gegenleiſtung des verabredeten Preiſes beſchränken ſich die wechſelſeitigen Verbindlichkeiten beider Contrahenten, ein Verhältniß von Gläubiger und Schuldner, außer wegen dieſer Verbindlichkeiten, inſonderheit die Fortdauer eines ſolchen Verhältniſſes, nachdem letztere erfüllt worden, iſt dabei gar nicht gedenkbar. Würde nun ein ſolcher Verkauf einer Forderung mit dem Darlehnsgeſchäft verbunden, ſo daß die cedirte Forderung das Aequivalent der dargeliehenen Summe ausmachte, und nach erfolgter Ceſſion keine Schuldverbindlichkeit des Cedenten aus dem Darlehnsgeſchäft übrig bliebe, dann würde, wenn man hierauf das anaſtaſianiſche Geſetz nicht anwenden wollte, dadurch eine abſichtliche Umgehung dieſes Geſetzes offenbar gebilligt werden, welches mit der Prohibitiv-Qualität deſſelben unverträglich ſeyn würde. Wenn hingegen die mit dem Darlehnsgeſchäft verbundene Ceſſion nach dem Zwecke der Contrahenten nur die Stelle einer Sicherungs-Maaßregel vertritt, alſo der Cedent fortwährend in der durch das Darlehn begründeten Schuldverbindlichkeit bleibt, auf welche die Ceſſion nur folgerungsweiſe und acceſſoriſch einwirkt, dann kann hier von der Anwendung des anaſtaſianiſchen Ge-

q) Glück a. a. O. §. 1025. Mühlenbruch a. a. O. S. 490.

r) bei Glück §. 1024. Not. 4.

s) comment. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 18.

ſetzes keine Rede ſeyn, denn in der That iſt es keine Ceſſion im Sinne dieſes Geſetzes, was hier vorliegt, ſondern eine Verpfändung der Forderung, welche nur mit den Namen einer Ceſſion belegt wurde, für welchen minder genauen Sprachgebrauch die nahe Verwandtſchaft beider ſogar einen juriſtiſchen Erklärungsgrund abgiebt, indem nämlich die Verpfändung einer Forderung in ſo fern ſtets die Wirkung einer Ceſſion hat, als der Gläubiger dadurch das Recht erhält, die verpfändete Forderung unmittelbar von dem dritten Schuldner beizutreiben [t]), in welcher Hinſicht beide Geſchäfte in den Geſetzen ſelbſt einander völlig gleichgeſtellt werden [u]). — Die Anwendung des anaſtaſianiſchen Geſetzes auf einen ſolchen Fall würde nicht anders, als mittelſt extenſiver Interpretation deſſelben, geſchehen können; einer ſolchen aber ſteht entgegen, daß die in dieſem Geſetze enthaltene Verfügung dem freien Geldverkehr ſehr läſtige Feſſeln anlegt, der Mißbrauch aber, durch welchen ſie urſprünglich veranlaßt wurde, bei den gegenwärtigen ſo durchaus veränderten Verhältniſſen nicht mehr in gleichem Grade, wie ehedem, zu beſorgen iſt; daher denn auch diejenigen Schriftſteller, welche ſonſt der heutigen Anwendung deſſelben in ſeiner vollen Strenge das Wort reden, dennoch darin einverſtanden ſind, daß jene „an ſich immer exorbitante“ Verfügung keine ausdehnende Erklärung zulaſſe [v]).

III. Auch diejenigen beſonderen Gattungen von Schuldverſchreibungen, welche den Römern völlig unbekannt waren, und deren eigenthümliche Beſchaffenheit es mit ſich bringt, daß die Anwendung der Vorſchrift des anaſtaſianiſchen Geſetzes auf die Ceſſion derſelben theils als unzweckmäßig, theils ſogar als unausführbar, erſcheinen würde, ſind von jenem Geſetze auszunehmen, oder ſtehen vielmehr gar nicht unter demſelben. Dahin gehören nun vorerſt die eigentlichen Wechſel, welche mittelſt Indoſſaments auf einen Anderen übertragen worden ſind [w]); es gehören dahin aber auch die auf den Inhaber lautenden Schuldverſchreibungen, und als ſolche inſonderheit auch die Staatsobligationen. Das Ausſtellen ei-

t) l. 4. C. *quae res pignori.* S. die obige Ite Abhandlung.

u) l. 7. l. 8. C. *de her. vel act. vend.*

v) Glück a. a. O. §. 1024. S. 463. Mühlenbruch a. a. O. S. 487. 494.

w) Danz Handb. d. deutſch. Privatrechts. B. II. §. 235. S. 417. Glück a. a. O. §. 1025. S. 474.

ner Schuldverſchreibung auf jeden Inhaber bringt zwar an und für ſich keine weitere Verſchiedenheit von den gewöhnlichen, einen beſtimmten Gläubiger bezeichnenden, Schuldverſchreibungen mit ſich, als in Anſehung der Legitimation des Beſitzers derſelben zum Empfang der darin ausgedrückten Schuld [x]), indem nämlich der Ausſteller ſich durch jene Clauſel verpflichtet, dem jedesmaligen Beſitzer der Verſchreibung, ohne weitere Nachweiſung über das Eigenthum derſelben, Zahlung zu leiſten. Weiter erſtreckt ſich jedoch dieſe, in dem Darlehnsgeſchäft ſelbſt nicht, ſondern nur in der Beurkundung deſſelben, begründete Eigenthümlichkeit nicht, und ſie kann daher auch nur auf den mit dem Document zu führenden Beweis, nicht aber auf die materiellen Beſtandtheile des Rechtsverhältniſſes ſelbſt, einwirken; alle aus der Natur des Darlehnsvertrages hervorgehenden Folgen beſtehen auch hier, und ein auf den Inhaber geſtellter Schuldſchein bleibt immer eine über einen ſolchen Vertrag ausgefertigte, denſelben vorausſetzende und nur beweiſende, Urkunde [y]). Außer dieſer innern und weſentlichen Eigenthümlichkeit der auf den Inhaber lautenden Schuldverſchreibungen zeigt ſich aber in der Erfahrung noch eine äußere, und in ſo fern bloß zufällige, als dieſelbe nur von der gewöhnlichen Behandlungsweiſe ſolcher Obligationen im Verkehr hergenommen iſt. Sie beſteht darin, daß dergleichen Verſchreibungen unter dem Geſichtspuncte des Verkehrs als eine Waare erſcheinen, und in dieſer Eigenſchaft nicht ſowohl die darin ausgedrückte Geldſumme unmittelbar repräſentiren, als vielmehr ſelbſt einen für Geld käuflichen Gegenſtand ausmachen, bei welchem das zum Grunde liegende Forderungsrecht als quieſcirend ganz in den Hintergrund tritt. Bei eigentlichen Staatsobligationen tritt dieſe ihre äußere Eigenthümlichkeit ſchon in der Art und Weiſe ihrer Entſtehung recht klar hervor, indem nämlich das ganze Anlehn gewöhnlich von einem einzelnen Wechſelhauſe übernommen, und darüber nur Eine Original-Obligation von dem Gläubiger ausgeſtellt wird, die von dem Unternehmer hiernach ausgefertigten Partial-Obligationen aber unmittelbar zu dem Zwecke, als Tauſchmittel gegen baares Geld in den Verkehr zu kommen, beſtimmt ſind; von dergleichen Staatsobligationen alſo kann man wohl ſagen, daß dieſelben ſchon ihrer urſprünglichen Beſtimmung nach ein

x) Pufendorf observ. iur. univ. T. IV. obs. 218. Hofacker princ. iur. civ. T. III. §. 1956. Glück Erläut. d. Pand. Th. XVI. §. 1022. S. 440.

y) v. Bülow Abhandlungen üb. einz. Materien des röm. bürg. Rechts. Th. I. Abh. 17. Th. II. Abh. 30.

Gegenſtand des Handels ſind; wie denn ſchon die Courszettel, welche darüber öffentlich ausgegeben zu werden pflegen, den ſteten Wechſel des von dem Nominalwerthe in der Regel abweichenden Marktpreiſes derſelben anzeigen. Eben dieſes würde ſich nun zwar nicht in gleicher Allgemeinheit auch von denjenigen auf den Inhaber geſtellten Schuldverſchreibungen, welche an die einzelnen Darleiher unmittelbar ausgegeben worden, behaupten laſſen, vielmehr hierbei zunächſt auf die concreten Umſtände, unter denen ſolche ausgegeben wurden, zu ſehen ſeyn; doch wird man auch dieſe immer dann als Handelswaare betrachten können, wenn dieſelben als Theile eines größern Anlehns ausgeſtellt wurden, und theils aus der ſubjectiven Qualität des Schuldners, z. B. einer Gemeinde oder ſonſtigen Corporation, theils aus der Ungewißheit oder weiten Entfernung des Rückzahlungs-Termins, eine Erſchwerung des Einziehens der Schuldſumme von dem Schuldner ſelbſt, mithin das Bedürfniß der öfteren Realiſirung derſelben durch Verkauf, hervorgeht; wobei wohl als ein äußeres Kennzeichen dieſer Beſtimmung das Ausgeben gedruckter Obligationen anzuſehen iſt. Daher nimmt Mühlenbruch [z]), obwohl er hinſichtlich der einzelnen von ſolchen auf den Inhaber geſtellten Schuldſcheinen geltenden Beſtimmungen auf die particularrechtlichen Quellen verweißt, doch den Satz als allgemein anwendbar auf, daß ſich Papiere dieſer Art ſchlechthin nicht anders, als eine jede Handelswaare, betrachten laſſen.

Welche rechtlichen Folgen nun dieſe beiden Eigenthümlichkeiten der auf den Inhaber lautenden Verſchreibungen, und inſonderheit die erſtere, in Anſehung der Vindication derſelben und ihrer Amortiſirung haben, das gehört nicht weiter hieher*); zunächſt fragt es ſich hier nur, ob dadurch auch die Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes gegen den dritten Inhaber ſolcher Obligationen ausgeſchloſſen werde, und dieſes iſt, mit Rückſicht auf die letzterwähnte Beſchaffenheit derſelben, als Handelswaare, wohl nicht zu bezweifeln, wie denn auch Mühlenbruch [a]) im Allgemeinen annimmt, daß bei ſolchen von den ſonſtigen Ceſſions-Einſchränkungen gar nicht die Rede ſeyn könne.

z) a. a. O. §. 41. S. 416.

*) Vergl. v. Bülow a. a. O. Gönner Archiv für die Geſetzgebung. B. I. N. 27.

a) a. a. O.

Die nun folgenden Oberappellationsgerichts = Erkenntniſſe dienen der ganzen bisherigen Ausführung zum practiſchen Belege, und zwar das erſte für die Sätze unter I. und II., das andere für den unter III. ſo eben erörterten Satz.

I.

Dem Abraham Heilbrun L. wird eine in dem Debitweſen des Hauptmanns von St. liquidirte Forderung dergeſtalt zuerkannt, daß er ſeine Befriedigung aus den Einkünften der Maſſe, welche größtentheils aus Lehnsrevenüen beſteht, erhalten ſolle; zu welchem Ende ihn der Collocationsbeſcheid in die zweite Stelle der zweiten Claſſe ſetzt.

Ueber dieſe Forderung ſchließt derſelbe mit dem Lieutnant S. einen ſchriftlichen Vertrag ab, worin nicht nur er ſelbſt bekennt, den noch rückſtändigen Betrag derſelben von Letzterem in einer unzertrennten Summe baar ausgezahlt und vorgeſchoſſen erhalten zu haben, und dem Darleiher ſeine an das genannte Debitweſen habende Forderung cum omni iure cedirt, außerdem aber ſich, unter Verpfändung ſeines geſammten Vermögens, verpflichtet, ſondern auch ſeine Ehefrau verſprechen läßt, für die mit ihrem Wiſſen und Willen aufgenommene und zum gemeinſchaftlichen Handel verwendete Summe, im Nichtzahlungsfalle aus der von St.ſchen Maſſe, als Selbſtſchuldnerin in solidum mit ihrem eignen Vermögen zu haften.

Als nun der Lieutnant S. gegen den von St.ſchen Curator auf Entrichtung der aus der Maſſe zu leiſtenden Stückzahlungen klagt, ſetzt ihm der Verklagte die Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes entgegen, und verlangt von ihm den Beweis, daß er an den urſprünglichen Gläubiger den vollen Betrag der ihm cedirten Forderung bezahlt habe; wogegen der Kläger hauptſächlich geltend macht, daß jenes Geſetz hier nicht Platz greife, weil er bei der Annahme der Ceſſion eine Gefahr gewagt habe, indem er in einer unzertrennten Summe bezahlt hätte, was er nur ſtückweiſe zurück erhalten ſollte.

Hierauf wird durch Beſcheid des Obergerichts zu Caſſel der Verklagte, mit Verwerfung der, vorkommenden Umſtänden nach, unſtatthaften Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes, ſchuldig erkannt, den Kläger nach Maaßgabe der im von Stſchen Concurſe erfolgten Liquidation und Collocation, zu befriedigen; die Unſtatthaftigkeit der gedachten Einrede in dem gegenwärtigen

Falle aber dadurch motivirt, daß bei einer gröſtentheils aus Lehnsrevenüen, alſo einem durch das Leben des Vaſallen bedingten Einkommen, gebildeten, in einzelnen Jahrsbeträgen eingehenden, Concursmaſſe, in der Annahme einer gegen ſolche liquidirten Forderung ein gewagtes Geſchäft liege, indem weder die Frage: ob, noch die Frage: wann der Gläubiger ſeine Befriedigung erhalten werde? mit Zuverläſſigkeit zu beantworten ſtehe.

Dies Erkenntniß ward auch durch nachſtehendes Oberappellationsgerichts-Decret vom 8. Febr. 1823 beſtätigt:

„In Erwägung, daß der Entſcheidungsgrund des Obergerichts von dem Appellanten nicht widerlegt worden,

ohnehin aber das hier vorliegende Geſchäft, nach dem ganzen Inhalte und Zuſammenhange der darüber aufgenommenen Urkunde, nicht ſowohl eine eigentliche Ceſſion oder Verkauf einer Forderung, als vielmehr ein Gelddarlehn iſt, wobei dem Darleiher eine dem Schuldner zuſtehende Forderung zu ſeiner Befriedigung angewieſen worden, ohne hierdurch die Verbindlichkeit des Letzteren aus dem Darlehnsvertrage ſelbſt zu tilgen;

ein ſolches Geſchäft aber der in ihrer Anwendung möglichſt zu beſchränkenden Vorſchrift des anaſtaſianiſchen Geſetzes nicht unterliegt;

werden die vom Procurator P. gebetenen Appellationsproceſſe abgeſchlagen.“

2.

Die Stadt Caſſel nahm im Jahre 1811 ein verzinsliches Anlehn auf, wozu die einzelnen Hauseigenthümer beſtimmte Beitragsquoten leiſten mußten, und dagegen Schuldverſchreibungen empfingen, welche jedoch nicht auf den Namen des Darleihers ausgeſtellt waren, ſondern die Verſicherung enthielten, daß die Zinſen den Inhabern zur Verfallzeit prompt aus der Communalcaſſe bezahlt werden ſollten, und mit der allgemeinen Clauſel ſchloſſen, daß ſie ganz auf den Inhaber ſprächen und daher ohne irgend eine Ceſſion veräußert werden könnten.

Der Particulier F. daſelbſt, als dritter Inhaber einer großen Anzahl dieſer Obligationen, klagt, nachdem die in denſelben verſprochenen Zinſen ſeit einigen Jahren nicht entrichtet worden, gegen den Stadtmagiſtrat auf Bezahlung ſowohl dieſer rückſtändigen, als der künftig fällig werdenden, Zinſen.

Der Verklagte beruft ſich dagegen, neben mehreren anderen die Gültigkeit und Verbindlichkeit des ganzen Darlehnsgeſchäfts betreffenden Einwendungen, auf das anaſtaſianiſche Geſetz, und verlangt, daß der Kläger zuvor erweiſe, bei dem Ankaufe der Obligationen den

vollen

vollen Werth dafür bezahlt zu haben; wogegen dieſer die Unanwendbarkeit des erwähnten Geſetzes auf den gegenwärtigen Fall behauptet, wie ſchon der über die Forderung ſelbſt hier obwaltende Streit und des Verklagten Vertheidigung ergebe, wozu noch die in der Ausſtellung einer Verſchreibung auf den Inhaber liegende Verzichtleiſtung auf jene geſetzliche Wohlthat hinzukomme.

Die Regierung zu Caſſel verurtheilt hierauf den Verklagten nach dem Klagantrage, mit Verwerfung der Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes, aus dem Grunde, weil dies Geſetz auf Verbriefungen, die auf den Inhaber ſprechen, bei denen jeder Beſitzer zum Voraus als Gläubiger anerkannt und eine Ceſſion nicht erforderlich ſey, keine Anwendung leide.

Nachdem die Sache durch die Berufung des Verklagten an das Oberappellationsgericht gediehen war, kamen daſelbſt noch mancherlei Zweifelsgründe gegen die Beſtätigung des Regierungs-Erkenntniſſes in Erwägung; namentlich ward auch die oben erörterte Frage, ob die von der Stadt an die einzelnen Darleiher ausgegebenen, auf einem bloßen Privat-Rechtsverhältniſſe beruhenden, Schuldverſchreibungen den eigentlichen Staatsobligationen in der hier vorkommenden Beziehung gleich zu achten ſeyen, zur Discuſſion gebracht, und den von der Regierung für die Unanwendbarkeit des anaſtaſianiſchen Geſetzes in Anſehung der auf den Inhaber lautenden Verbriefungen überhaupt angeführten Gründen noch beſonders entgegen geſetzt, daß 1) der Grund, es ſey bei ſolchen jeder Beſitzer zum Voraus als Gläubiger anerkannt, wohl nur alsdann Erheblichkeit für den daraus zu ziehenden Folgeſatz habe, wenn er in dem Sinne einer vorausgehenden E n t ſ a g u n g auf die Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes verſtanden werde; in dieſem Sinne demſelben jedoch entgegen ſtehe, ſowohl daß eine ſolche ſtillſchweigende Verzichtleiſtung bei Einreden, die erſt möglicher Weiſe durch ein ſpäteres Factum ihre Entſtehung erhalten, überall nicht angenommen werden könne, als inſonderheit, daß ſogar, wie noch kürzlich bei dem Oberappellationsgerichte erkannt worden ſey [b]), die nachherige ausdrückliche Anerkennung eines beſtimmten Ceſſionars dem von dem geringeren Ceſſionspreiſe nicht unterrichteten Schuldner die Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes nicht entziehe; ſodann 2) der andere Grund, daß bei den auf den Inhaber lautenden Verbriefungen eine Ceſſion nicht erforderlich ſey, nur dann entſcheidend ſeyn würde, wenn das Geſetz nur von dem Falle, wo eine ſpecielle Ceſſion des Schuldſcheines ſtatt gefunden habe, rede, welche Vorausſetzung aber dem Buchſtaben der geſetzlichen Vorſchrift geradezu entgegen ſey, indem die l. 22. u. 23. C. *mandati*, der eigentliche Sitz jener Einrede, ganz im Allgemeinen den

b) durch Decret vom 12. Decemb. 1821 in Sachen: Weis g. Kircher.

Verkauf einer Forderung zum Gegenſtande ſeiner Dispoſition machen, ein Verkauf aber, wodurch der Appellat in den Beſitz der befragten Obligationen gekommen ſey, ausdrücklich von dem Appellanten behauptet worden, und von einem andern Titel dieſes Erwerbes gar nicht die Rede ſey. — Das Oberappellationsgericht entſchied ſich jedoch für die Beſtätigung des Regierungs-Erkenntniſſes aus dem zwiefachen Grunde, weil a) das Ausgeben gedruckter, auf den jedesmaligen Inhaber lautender, Obligationen eine Erfindung der neueren Zeit ſey, welche faſt in allen Puncten von den ehemaligen, zur Zeit der Erlaſſung des anaſtaſianiſchen Geſetzes üblich geweſenen, Schuldſcheinen abweiche, daher auf ſie die römiſchen Geſetze gar nicht angewendet werden könnten, wie denn auch die übrigen Vorſchriften dieſer Geſetze, welche auf Beſchränkung der Ceſſionen abzweckten, dabei nicht ſtatt fänden; und b) weil auch der Grund des anaſtaſianiſchen Geſetzes auf dergleichen Obligationen nicht paſſe, indem dieſelben als eine im Handelsverkehr befindliche Waare von Hand zu Hand giengen, und daher weit eher mit jeder anderen Handelswaare, als mit gewöhnlichen Schuldverſchreibungen, zu vergleichen ſeyen; — welche beiden Gründe ſich in nachſtehendem am 26. Jan. 1822 ausgeſprochenen Erkenntniſſe zuſammengefaßt finden.

„In Erwägung, daß die Einrede des anaſtaſianiſchen Geſetzes bei ſolchen Obligationen, welche auf jeden Inhaber lauten, aus dem Grunde nicht anzuwenden ſteht, weil dieſe, dem römiſchen Rechte völlig fremden, erſt in neueren Zeiten unter ganz veränderten Verhältniſſen üblich gewordenen, Schuldverſchreibungen, ſobald ſie unter den Geſichtspunct des Verkehrs geſtellt werden, nicht anders, als eine jede Handelswaare, betrachtet werden können, auf ſie daher die Gründe jenes Geſetzes nicht paſſen;

werden die vom Procurator E. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

VII.

Von den Grundſätzen, nach welchen eine Geldſchuld nach eingetretener Münzveränderung zu bezahlen iſt.

So viel und weitläuftig über dieſen Gegenſtand ſchon geſchrieben worden iſt, ſo wird man doch nicht leicht in irgend einer Lehre weniger reellen Gewinn für die Wiſſenſchaft und dagegen mehr Verworrenheit in den erſten Begriffen finden, als gerade hierbei, und noch immer kann man mit einem der älteren Schriftſteller auch den ſämmtlichen neueren die Worte des Terenz zurufen: fecistis probe, incertior sum multo, quam dudum! Zwar gehört dieſe Lehre in ihrem ganzen Umfange ohne Zweifel unter die allerſchwierigſten des Privatrechts, und bedarf daher, um gründlich und vollſtändig erörtert zu werden, wohl einer eignen ausführlichen Abhandlung, welche die Grenzen dieſes Werkes überſchreiten möchte. Doch werden auch einzelne Beiträge nicht unwillkommen ſeyn, wenn nur dabei mit Klarheit und Conſequenz auf die erſten Grundſätze zurückgegangen, und in der Methode der Anwendung alſo verfahren wird, daß dadurch zugleich die analoge Entſcheidung der übrigen hieher gehörigen Fälle vorbereitet, oder wenigſtens derſelben auf keine Weiſe präjudicirt wird.

§. 1.

Vorbegriffe.

Geld und Münze, dieſe beiden Ausdrücke, nach ihrem ſtaatswirthſchaftlichen und rechtlichen Begriffe, und nach den ſie von einander unterſcheidenden Merkmalen, bilden die eigentliche Grundlage, wovon man nothwendig ausgehen muß; — Geld inſonderheit als Gegenſatz der Waare, indem jenes den allgemeinen

Maaßſtab des Preiſes aller dem Verkehr unterworfenen Sachen abgiebt, unter Waare hingegen der Gegenſtand, deſſen Preis beſtimmt werden ſoll, verſtanden wird; — Münze als Gegenſatz zum Gelde, indem letzteres den intellectuellen Begriff jenes Maaßſtabes, erſtere das empiriſche Mittel der Anwendung deſſelben im wirklichen Verkehr, darbietet. Vorzüglich erläuternd für dieſe Begriffe iſt die Geſchichte der Entſtehung des Geldes. Bei den älteſten Völkern beſtand aller Verkehr bloß im Tauſchhandel. Die Schwierigkeiten, welche mit dieſem ſeiner Natur nach in mannichfacher Hinſicht verbunden waren, führten auf die Idee eines allgemeinen Ausgleichungsmittels, d. h. eines Gegenſtandes, der wegen ſeiner ausgebreiteten Nutzbarkeit von einem jeden gern als Aequivalent ſeines Ueberfluſſes an Bedürfniſſen irgend einer Art angenommen würde, und der zugleich durch ſeine Theilbarkeit als Aequivalent auch der geringſten Bedürfniſſe angewendet werden könnte. Unvollkommen und unſicher mußte jedoch der Gebrauch eines ſolchen Ausgleichungsmittels immer noch bleiben, ſolange in jener erſteren Hinſicht die Annahme und Schätzung deſſelben der Willkühr jedes Einzelnen überlaſſen blieb, und in der letzteren eine materielle Zertheilung des zum Ausgleichungsmittel dienenden Stoffes nach dem Bedürfniſſe jedes einzelnen Falles erforderlich war. Beiden Mängeln ward, ſeitdem ſich Staaten bildeten, in denen die Bewohner unter einem gemeinſchaftlichen Oberhaupte vereint zuſammen lebten, dadurch gänzlich abgeholfen, daß nunmehr von Seiten des Staatsoberhauptes eine allgemeine Beſtimmung des Maaßſtabes aller Preiſe erfolgte, und dieſe mittelſt eines äußern Kennzeichens, welches dem zum Maaßſtabe dienenden Gegenſtande aufgedrückt wurde, geſchah. Bemerkenswerth iſt, wie ſchon im römiſchen Geſetzbuche an dieſe hiſtoriſche Entſtehung des Geldes die rechtlichen Begriffe geknüpft und gegen einander begrenzt werden. Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur; sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam

ex substantia praebet, quam ex quantitate; nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur [a]).

Dieſe öffentliche Bezeichnung, wodurch das Geld entſteht, ſollte nun freilich, ihrem eigentlichen Zwecke nach, nichts anders ſeyn, als eine Beglaubigung, ein öffentliches Zeugniß, daß der Gegenſtand, welcher als Geld bezeichnet wird, den innern Werth wirklich habe, wofür er als Maaßſtab des Preiſes gebraucht werden ſoll. So wie aber der Staatsbürger auch diejenigen Geſetze, welche ihrem Zwecke nicht entſprechen, als für ihn verbindlich anerkennen und befolgen muß, ſo muß er auch geſetzlich eingeführtes Geld, wenn es gleich, ſeiner urſprünglichen Beſtimmung zuwider, den Werth nicht hat, den die äußere Bezeichnung ausdrückt, doch nach dieſer gelten laſſen; denn — ſagt in dieſer Hinſicht Thibaut [b]) — „was das Geſetz als wirklich angenommen wiſſen will, muß der Unterthan als wirklich betrachten, geſetzt, es ſollte auch nicht wirklich ſeyn!“

Charakteriſtiſches Merkmal des Geldes (im engern Sinne, oder desjenigen, wovon im Staate allein die Rede ſeyn kann) iſt demnach, daß der Wille und die Beſtimmung des Geſetzgebers der einzige Grund ſeiner Eigenſchaft als Geld überhaupt, und die von demſelben herrührende äußere Bezeichnung (nicht alſo der innere Gehalt, die Güte, und das Gewicht eines Metallſtücks) der einzige Grund ſeines Werthes iſt. Und dies iſt nicht etwa bloß ein empiriſches oder aus der poſitiven Legislation entlehntes Merkmal, — dann wäre ſeine Anwendbarkeit immer nur particulär; es iſt vielmehr in der Natur der Sache gegründet, und daher auch von den Philoſophen, als naturrechtlich, mithin allgemein gültig, angenommen. Metallſtücke — ſagt Kant in den metaphyſiſchen Anfangsgründen der Rechtslehre [c]) — ſind geſetzliches Geld, wenn ſie nicht bloß gewogen, ſondern auch geſtempelt, das iſt, mit einem Zeichen, für wieviel ſie gelten ſollen, verſehen wurden.

Daß es gerade Metallſtücke ſeyen, welche den empiriſchen Gegenſtand des Geldes darſtellen, iſt übrigens durchaus nicht weſentlich; da inzwiſchen nur ſehr

a) l. 1. D. *de contr. emt.*

b) Syſtem des Pandectenrechts. Th. I. §. 99.

c) Th. 1. Hptſt. 2. Abſchn. 3. S. 126.

wenige Stoffe ſo geartet ſind, daß ſie alle dazu erforderlichen Eigenſchaften in ſich vereinigen, daß ſie nämlich in hinreichender Anzahl vorhanden, bis zu kleinen Stük-ken theilbar, einer äußeren Bezeichnung (Gepräges) empfänglich, und zugleich von der Beſchaffenheit ſind, daß ſie beim Verkehr ohne Unbequemlichkeit aus einer Hand in die andre übergehen können, — dieſe Eigenſchaften alle aber in dem Metallgelde zu-ſammen treffen, ſo kann man annehmen, daß nur Metallgeld oder Münze wahres Geld in dieſer engſten Bedeutung ſey.

Dieſe allgemeinen Begriffe vorausgeſetzt, kommt es nun noch, ehe die rechtli-chen Folgen einer eingetretenen Münzveränderung erörtert werden können, auf eine genaue Beſtimmung darüber an, was unter Münzfuß, ſo wie unter äußerem und innerem Werthe der Münzſorten, zu verſtehen ſey, und wie ſich das eine zu dem anderen verhalte.

§. 2.

Münzfuß oder Währung.

Es iſt eine bei den juriſtiſchen Schriftſtellern ſehr häufig vorkommende, gleich-wohl auf die rechtliche Beurtheilung ſehr nachtheilig einwirkende Verwechslung, wenn man durch den Münzfuß den inneren Metallwerth der Münzen bezeichnet glaubt, und daher eine Verſchiedenheit des Geldes nach dem Münzfuße und nach dem innern Werthe für gleichbedeutend hält. Unter Münzfuß verſteht man dasje-nige Normalverhältniß, nach welchem bei der Ausprägung des Geldes aus dem rei-nen Metalle verfahren wird, und wodurch ſich alſo die Anzahl der Stücke, welche aus einer gewiſſen Quantität dieſes Metalls auszuprägen iſt, beſtimmt. Hätte man ſtets nur reines Metall zum Ausprägen verwendet, und die geprägten Stücke, wie es wohl am natürlichſten ſcheinen möchte, bloß nach ihrem Gewichte bezeichnet, ſo könnte es keine Verſchiedenheit der Münzfüße geben, indem der materielle Stoff des Geldes allenthalben gleich wäre, und die Quantität deſſelben in jedem einzel-nen Stücke ſich unmittelbar aus der äußeren Bezeichnung ergäbe. Nachdem man aber angefangen hatte, die edleren Metalle beim Ausprägen mit einem bald grö-ßern bald geringern Zuſatze von Kupfer zu vermiſchen, und nachdem den ausge-prägten Münzen beſondre, auf das Gewicht nicht mehr Bezug habende, Benennun-

gen beigelegt worden ſind, haben die verſchiedenen Münzfüße ihre Entſtehung erhalten, indem nämlich bald mehr bald weniger Geldſtücke von gleicher Benennung aus einer beſtimmten Quantität des reinen Metalls geprägt werden. In Teutſchland namentlich hat man zu dieſem Zwecke als gleichnamige Münze den Gulden angenommen, und als Quantität des reinen Metalls, inſonderheit des Silbers, die Mark oder 16 Loth zum Grunde gelegt. So findet man einen 18, 20, 21, 24 Gulden-Fuß, worunter verſtanden wird, daß aus einer Mark Silber 18, 20, 21 oder 24 Stücke, unter der gleichförmigen Benennung eines Guldens, geprägt werden ſollen, und hierin das Normalverhältniß beſtehe, nach welchem auch beim Ausprägen aller übrigen Münzſorten zu verfahren iſt. Ein Thaler im 18 Guldenfuße iſt demnach ein ſolcher, wovon 12 Stücke (gleich 18 Gulden) aus einer Mark Silber geprägt ſind; ein Thaler im 24 Guldenfuße ein ſolcher, wovon 16 Stücke (gleich 24 Gulden) aus einer Mark geprägt wurden; einer von jenen alſo enthält $1\frac{1}{3}$ Loth, einer von dieſen nur 1 Loth reinen Silbers, und jener iſt alſo um $\frac{1}{4}$ größer als dieſer; woraus hervorgehet, daß Thaler, nach dem 18 Guldenfuße, völlig andere ſeyen, als nach dem 24 Guldenfuße, und daß alſo überhaupt die bloße Bezeichnung von Gulden oder Thalern, ohne Angabe des Münzfußes oder der Währung, über die Größe derſelben gar nichts entſcheide, mithin eine Gleichſtellung von Thalern aus einer früheren mit Thalern aus einer ſpäteren Zeit, oder von ſolchen aus dem einen Lande mit denen aus einem anderen, ſo lange man nicht weiß, daß dieſelben nach einerlei Münzfuße geprägt worden, eben ſo wenig ſtatt finde, als eine Verwechslung von Laubthalern, Speciesthalern und Thalern ohne weitere Bezeichnung, für möglich gehalten werden kann. Daher läßt ſich als Princip annehmen: der Münzfuß beſtimmt die Gattung des Geldes!

§. 3.

Innerer Werth der Münzſorten.

Der Begriff einer Münzſorte ſteht im Allgemeinen zu dem des Münzfußes in dem Verhältniſſe, daß Münzfuß die Gattung, Münzſorte das Individuum bezeichnet. Fragt man daher, nach welchem Münzfuße eine Zahlung zu leiſten ſey, ſo will man wiſſen, ob nach Thalern im 18, 20, 21 oder 24 Guldenfuße? —

fragt man hingegen, in welchen Münzſorten, ſo heißt dieß: in welchen einzelnen Stücken die Thaler von der beſtimmten Währung zu bezahlen ſeyen, ob in ganzen oder in getheilten Thalerſtücken, in ſogenannter grober oder in Scheide-Münze, in Groſchen oder Albus ꝛc. — Die Beſtimmung des Münzfußes entſcheidet alſo darüber, was gezahlt wird, die der Münzſorte aber darüber, wie ſolches gezahlt wird; mithin iſt dieſe Letztere ganz gleichgültig in Rückſicht der Quantität des zu zahlenden Geldes.

Schon aus der allgemeinen Regel, daß der Münzfuß die Gattung, die Münzſorte das Individuum des Geldes bezeichnet, folgt, daß der Werth des Geldes nach dem Münzfuße ganz etwas Anderes ſeyn müſſe, als der innere Werth der Münzſorten. Jener läßt ſich bei einer Vergleichung abſolut beſtimmen, d. h. ſobald ich den Münzfuß weiß, nach welchem verſchiedene Geldſtücke geſchlagen ſind, ſo kann ich ſofort beurtheilen, ob dieſelben von gleicher Gattung ſind oder nicht, und im letzteren Falle, in welchem Verhältniſſe die verſchiedenen Gattungen, dem Werthe nach, zu einander ſtehen; ich ſoll z. B. Sächſiſche und Preußiſche Thaler mit einander vergleichen, jene ſind nach dem 20, dieſe nach dem 21 Gulden Fuße geſchlagen, ſie ſind alſo von verſchiedener Gattung, und 20 von jenen ſind, ihrem Gepräge nach, von gleichem Werthe mit 21 von dieſen, oder ein Preußiſcher Thaler gilt $\frac{1}{21}$ weniger, als ein Sächſiſcher. — Der innere Werth der Münzſorten hingegen erlaubt nur eine relative Beſtimmung, das heißt, ich muß die verſchiedenen Geldſtücke vor mir ſehen und den Gehalt dieſer beſtimmten Individuen unterſuchen können, um zu beſtimmen, ob die eine Münzſorte an innerem Werthe beſſer oder ſchlechter, und um wie viel, als die andere ſey. Dieſe Unterſuchung würde gerade darauf zu richten ſeyn, ob Münzſorten, welche nach dem nämlichen Münzfuße geſchlagen ſind, auch an innerm Werthe übereinſtimmen, und ſolche, deren Münzfuß verſchieden iſt, auch nach ihrem innern Werthe in gleichem Verhältniſſe von einander abweichen; hieraus kann ſich demnach ergeben, daß Münzſorten von gleichem Münzfuße doch einen verſchiedenen innern Werth, ſo wie ſolche von verſchiedenem Münzfuße einen gleichen innern Werth haben, welches den beſten Beweis eines weſentlichen Unterſchiedes zwiſchen dem Münzfuße und dem innern Werthe der Münzſorten liefert. Um jede Verwechſelung zu verhüten, ſollte man den innern Werth der Münzſorten lieber ſtets Metallwerth

des Geldes nennen, da derſelbe nur durch eine Prüfung der Reinheit des Metalls und des Gewichtes (Korn und Schrot) der Münze ausgemittelt wird. — Daher kann man das Verhältniß des Werthes der Münzen nach dem Münzfuße zu dem inneren Werthe der Münzſorten auch ſo ausdrücken, daß jener bezeichnet, wie eine Münze geſetzlich beſchaffen ſeyn müßte, dieſer, wie dieſelbe wirklich beſchaffen iſt, bei jenem alſo die Regel, bei dieſem die Anwendung der Regel, in Betracht kommt.

§. 4.

Aeußerer Werth der Münzſorten.

Im Gegenſatz zu dieſem inneren Werthe der Münzſorten verſteht man nun unter dem äußeren Werthe derſelben denjenigen, welchen der Landesherr einem Geldſtücke beigelegt hat, oder wofür daſſelbe gelten ſoll. Externa nummorum bonitas consistit in valore, qui materiae publice signatae auctoritate publica imponitur d). Da nun, nach dem Obigen, eben die landesherrliche Beſtimmung es iſt, durch welche das Metallſtück zur Münze wird, oder welche derſelben ihre Form giebt, ſo folgt hieraus, daß der äußere Werth der Münzen den weſentlichen Charakter derſelben bildet. Dieſer äußere Werth wird gewöhnlich durch das Gepräge ausgedrückt, mittelſt deſſen alſo der Landesherr zu erkennen giebt, in welchem Verhältniſſe zum geſetzlichen Münzfuße das damit bezeichnete Metallſtück gelten ſoll; da inzwiſchen, bei der Unſtatthaftigkeit einer Controle, der Fall oft vorkommt, daß Münzen geſchlagen werden, welche von dem Verhältniſſe zu dem Münzfuße, das ihr Gepräge ausdrückt, ihrem inneren Werthe nach abweichen, und weil doch häufig nachher das Gouvernement ſelbſt die daher entſtehenden Inconvenienzen einſieht, ſo geſchieht es nicht ſelten, daß, zur Erſparung der Koſten des Umprägens, der äußere Werth ſolcher Münzen durch eine beſondere Verordnung, abweichend von dem Gepräge, und dem inneren Werthe angemeſſener, beſtimmt wird. Eine beſondre geſetzliche Werthbeſtimmung iſt aber bei ausländiſchen Münzen ſogar nothwendig, indem dieſelben ohne eine ſolche gar nicht als Geld, ſondern nur als Waare, in Betracht kommen, indem das fremde Gepräge den

d) Voet comment. ad Pand. Lib. 12. Tit. 1. §. 24.

Staatsbürgern keine Verbindlichkeit, ſie darnach gelten zu laſſen, auflegt, und daher Keinem rechtlich zugemuthet werden kann, dieſelben im Verkehr als Preismittel anzunehmen.

Zu dem Münzfuße und dem inneren Werthe der Münze ſteht nun der äußere in dem Verhältniſſe, daß wenn jener bezeichnet, wie eine Münze geſetzlich beſchaffen ſeyn müßte, und ihr innerer Werth, wie ſie wirklich beſchaffen iſt, der äußere Werth dagegen beſtimmt, was ſie gelten ſoll; oder: wenn der Münzfuß die Regel aufſtellt, nach welcher das Geld zu prägen iſt, und der innere Werth der Münzſorten die wirkliche Anwendung dieſer Regel zeigt, ihr äußerer Werth dagegen in der Vorſchrift beſteht, nach welcher jene Regel für angewendet gehalten werden ſoll. — Um dieſe dreifache Verſchiedenheit des Geldes, deren richtige Bezeichnung zu den Grundbegriffen der ganzen Lehre gehört, recht anſchaulich zu machen, will ich noch an einem beſtimmten Beiſpiele zeigen, wie ſich der Münzfuß zu dem innern und äußern Werth einer Münze, ſo wie letztere zu einander, verhalten. Wenn in einem Lande der 18 Guldenfuß eingeführt iſt, ſo iſt es daſelbſt als geſetzliche Regel anzunehmen, daß aus einer Mark fein Silber nicht mehr als 18 Gulden oder 12 Thaler geprägt werden, jeder Gulden oder Thaler hat alſo, dem Münzfuße nach, den Werth des 18ten oder 12ten Theils einer Mark Silbers; würden nun aber in der Wirklichkeit 21 Gulden oder 14 Thaler aus einer Mark geprägt, ſo hätten ſolche Gulden- oder Thalerſtücke nur den inneren Werth des 21ſten oder 14ten Theils einer Mark Silbers; wären gleichwohl dieſe Gulden- oder Thalerſtücke mit dem Gepräge von „18 (oder 12) Stück eine feine Mark“ bezeichnet, ſo wäre ihr äußerer Werth völlig dem Münzfuße gleich, obwohl der innere oder Metallwerth demſelben um $\frac{1}{7}$ nachſtände.

§. 5.

Münzveränderung.

So wie bei dem Gelde überhaupt, und insonderheit bei der Münze, eine dreifache Beziehung, nämlich auf den Münzfuß, auf den inneren Werth der Münzſorten, und auf den äußeren Werth derſelben, vorkommt, ſo kann auch eine Ver-

änderung, welche ſich in dem Münzweſen ereignet, nach dieſer dreifachen Verſchiedenheit ihres Gegenſtandes, auf dreifache Weiſe ſtatt finden.

Eine Veränderung des Münzfußes tritt ein, wenn ein anderes, als das bisherige, Normalverhältniß der Münzen zum Metallgewichte bei dem Ausprägen geſetzlich zum Grunde gelegt wird. Eine ſolche Veränderung kann auf verſchiedene Art erfolgen, indem nämlich entweder eine andre Normalmünze oder ein anderes Normalgewicht angenommen, oder mit Beibehaltung von Beidem die Stückzahl der aus dem Normalgewicht zu prägenden Normalmünzen verändert wird. Dieſe letztere iſt die in Teutſchland übliche Weiſe. Mit Beibehaltung des Guldens als Normalmünze und der Mark als Normalgewicht hat man — um nur die Veränderungen des Münzfußes ſeit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts zu erwähnen — anfänglich die Stückzahl der aus einer Mark Silbers zu prägenden Gulden auf 18, dann auf 20, zuletzt auf 21 Gulden beſtimmt, auch neben dieſen eine Berechnung von 24 Gulden auf die Mark zugelaſſen, obwohl die hierzu dienenden gröberen Münzſorten im 20 Guldenfuße ausgeprägt ſind, und nur im Verkehr mittelſt Erhöhung um $\frac{1}{5}$ als Rechnungsmünze im 24 Guldenfuße gebraucht werden.

Eine Veränderung des inneren Werthes der Münzſorten kann auf zwiefache Weiſe eintreten, entweder indem neue Stücke einer ſchon vorhandenen Münzſorte von abweichendem (höherem oder geringerem, als dem bisherigen) Metallgehalte geſchlagen werden, oder indem die bisher im Umlauf geweſenen Stücke durch Abnutzung an Metallwerth verlieren. — Letzteres nimmt der Münze, wenn ſie durch Abnutzen bis unter das geſetzliche Gewicht vermindert worden, ganz ihre Gültigkeit als Münze, und verwandelt ſie zum bloßen Metallſtück, ſie hört daher auf, Geld zu ſeyn, und kommt nur noch als Waare in Betracht, bis ihr etwa von Neuem ein geſetzlicher Werth in dieſer veränderten Geſtalt beigelegt wird. Erſteres aber, die Ausprägung neuer Stücke von verändertem Metallgehalte, jedoch ohne Veränderung des Münzfußes, kann wieder zwiefach ſeyn, indem nämlich entweder die innere Güte des Metalls (das Verhältniß des reinen Silbers zu dem beigemiſchten Stoffe — das Korn der Münze), oder das äußere Gewicht der Stükke (Schrot der Münze), verändert wird.

Eine Veränderung des äußeren Werthes der Münzſorten endlich findet ſtatt, wenn den ſchon vorhandenen Stücken ein anderer geſetzlicher Werth, als den ſie bisher hatten, beigelegt, mithin, ohne Veränderung im Münzfuße oder

in dem inneren Werthe der Münzſorten, geſetzlich verordnet wird, daß gewiſſe Geldſtücke mehr oder weniger, als ſeither, gelten ſollen. Dieſe Art der Münzveränderung iſt von dem Falle wohl zu unterſcheiden, wo nach eingetretener Veränderung des Münzfußes der Werth, welcher den nach dem früheren geprägten Stücken zukommt, beſtimmt wird; denn hierin liegt eigentlich keine Veränderung des äußeren Werthes der Münzſorten, ſondern bloß eine Anwendung des veränderten Münzfußes auf die vorhandnen Münzſorten, eine Erklärung des Verhältniſſes, worin dieſe zu dem neuen Münzfuße ſtehen, keine neue Werthbeſtimmung. Eine wahre Veränderung des äußeren Werthes der Münzſorten aber unterſcheidet ſich hiervon weſentlich dadurch, daß ſie die vorhandenen Münzſorten, unter Vorausſezzung des nämlichen Verhältniſſes, in welchem dieſelben zu dem beibehaltenen Münzfuße nach wie vor ſtehen, zu einem höheren Werthe erhebt oder auf einen geringeren herabſetzt. Seltner wird dieſer Fall bei inländiſchen Münzen eintreten, es ſey denn, daß während eines beſondern Nothſtandes ſehr geringhaltige Münzen unter einem höheren Gepräge geſchlagen worden, nachher jedoch dieſe momentane Täuſchung eingeſtanden wird. Sehr häufig iſt er dagegen bei fremden Münzen, deren geſetzliche Werthbeſtimmung theils nach ihrem Verhältniſſe zu den einheimiſchen Münzen, theils mit Rückſicht auf bloße Convenienzgründe, inſonderheit auf den commerciellen Verkehr mit dem Auslande, gar leicht einer Veränderung unterworfen iſt.

§. 6.

Cours der Münzſorten.

Etwas ſehr ähnliches mit dem äußeren Werthe der Münzſorten, und was gar oft damit verwechſelt wird, iſt der Courspreis derſelben. Das Unterſcheidende von beiden liegt gleichwohl ſchon in dem characteriſtiſchen Merkmale des Geldes überhaupt, nämlich in der Vorausſetzung einer vom Staatsoberhaupte ausgehenden Werthbeſtimmung, von welcher der Courspreis der Münzſorten gerade eine Abweichung enthält. Hierunter nämlich verſteht man denjenigen Werth derſelben, welcher, abweichend von dem geſetzlichen, durch den Handel und Wandel begründet wird; man pflegt ihn in den ordentlichen und außerordentlichen Courspreis einzutheilen, je nachdem nämlich entweder der innere Metallwerth der Münze, oder

das wechſelnde Bedürfniß des Handels, die Urſache der Abweichung von dem geſetzlichen Werthe iſt. So werden, was den erſteren Fall betrifft, bisweilen gewiſſe Münzſorten, in Vergleichung mit andern, für beſſer oder ſchlechter gehalten, als ſie nach dem Verhältniſſe, in welches der ihnen beigelegte geſetzliche Werth ſie zu denſelben ſetzt, wirklich ſeyn ſollten; man hält daher bei Zahlungen die beſſeren zurück oder giebt die ſchlechteren vorzugsweiſe aus, und bedingt ſich, ſofern von freiwilligen Geldgeſchäften die Rede iſt, eine Vergütung für die Zahlung der beſſeren oder Annahme der ſchlechteren, welche man Aufgeld (Agio) zu nennen pflegt. Oder zweitens eine gewiſſe Münzſorte wird zu einem beſonderen Zwecke, z. B. wegen des Handels mit dem Auslande, ſehr geſucht, ſie wird dadurch ſeltner, und diejenigen, welche noch einen Vorrath derſelben beſitzen, geben ihn nur mit dem Vorbehalt einer gleichmäßigen Vergütung weg.

So erſcheint alſo in dieſen beiden Fällen die Münzſorte, für welche im Handel und Wandel mehr oder weniger, als ihr geſetzlicher Werth, gegeben wird, offenbar in einem veränderten äußeren Werthe; aber dennoch iſt dieſes keine Veränderung des Werthes der Münzſorten im rechtlichen Sinne; denn was den erſten Fall betrifft, ſo kann die Meinung der Staatsbürger ſchlechterdings nicht über den Werth, in welchem eine Münzſorte gelten ſoll, entſcheiden; nur derjenige, welchen der Landesherr verordnet, kann erzwungen werden; beſondere Verabredungen aber, in ſo weit ſie überhaupt für erlaubt gehalten werden können, begründen nur Vertragsverbindlichkeiten unter den paciscirenden Theilen, mithin nur eine höchſt particuläre, auf den einzelnen Anwendungsfall jedesmal beſchränkte, Norm; im zweiten Falle aber wird die Münzſorte als Waare betrachtet, hört alſo gänzlich auf, Geld zu ſeyn, welches ſeiner Natur nach der Waare geradezu entgegengeſetzt iſt; es kann mithin dieſer Fall da, wo von Geldverbindlichkeiten, wie ſie nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen zu beurtheilen ſind, die Rede iſt, eigentlich gar nicht in Betracht kommen.

§. 7.

Geldſchulden überhaupt.

Bei allen Verbindlichkeiten, deren Gegenſtand in Gelde beſteht, darf man die Eigenthümlichkeit dieſes ihres Gegenſtandes nicht außer Augen laſſen. Geld iſt

dieſer Gegenſtand, alſo das allgemeine Preismittel, welches zur Schätzung eines jeden anderen Objects, dieſes als Waare betrachtet, dient. Wo Geld, als ſolches, zu zahlen iſt, da hat man es zunächſt, und um den Inhalt und Umfang der Verbindlichkeit an und für ſich zu beſtimmen, nur mit einem intellectuellen Begriffe zu thun; denn da Geld nur Geld wird durch die Beſtimmung des Staatsoberhauptes, ſo muß man auch bei der Geldſchuld von einem beſtimmten materiellen Stoffe, woran dieſelbe haftet, gänzlich abſtrahiren, und behält als Gegenſtand der Verbindlichkeit nur eine ſolche Portion des allgemeinen Preismittels, welche, nach der geſetzlichen Beſtimmung, dem bei Uebernahme der Schuld ausgedrückten Betrage entſpricht. So beſtimmt ſich z. B. bei einer auf 100 Thaler eingegangenen Verbindlichkeit der Gegenſtand der Schuld lediglich nach dem geſetzlichen Begriffe von 100 Thalern, ohne alle Rückſicht auf gewiſſe Münzſorten oder Metallſtücke, welche dieſe Summe in der äußern Erſcheinung darſtellen. Da gleichwohl in Gelde, als bloß intellectuellem Objecte, keine Zahlung wirklich geleiſtet werden kann, ſondern nur in Münze, als dem empiriſchen Beſtandtheile des Geldes, ſo entſteht bei jeder Geldſchuld, nachdem ihr Inhalt und Umfang an und für ſich nach dem allgemeinen Begriffe des Geldes feſtgeſtellt worden iſt, allerdings ſehr nothwendig die weitere Frage: was und wie viel muß an Münze gezahlt werden, um die ſchuldige Summe Geldes zu erſchöpfen? — Es kann aber die Beantwortung dieſer Frage wieder nicht anders, als im Allgemeinen und zwar dahin ausfallen, daß mit allen Münzſorten, welche nach geſetzlicher Beſtimmung das Geld darſtellen, aber auch nur mit ſolchen, und in dem Werthe, welchen ſie nach der geſetzlichen Beſtimmung haben, die Zahlung geleiſtet werden könne.

Dieſes Alles gilt jedoch nur von eigentlichen Geld-Verbindlichkeiten, das heißt ſolchen, wobei eine Summe Geldes den unmittelbaren Gegenſtand der Schuld ausmacht, und die Münzſorten, in denen die Zahlung geſchieht, nur als zufälliges Mittel der Erfüllung der Verbindlichkeit in Betracht kommen. Es können aber auch die Münzſorten ſelbſt, als beſtimmte Metallſtücke, den Gegenſtand einer Verbindlichkeit ausmachen, indem man, abgeſehen von ihrem Geldwerthe, bloß den Metallwerth dabei berückſichtigt; dann aber iſt nicht mehr eine Geldſchuld, ſondern eine Waarenſchuld vorhanden, und es iſt dieſes immer der Fall, wenn die Verbindlichkeit auf beſtimmte Münzſorten ausdrücklich bloß nach der Stückzahl gerichtet iſt.

§. 8.

Einfluß einer Münzveränderung auf Geldſchulden.

Wenn ſich nach der Zeit, wo eine Geldſchuld übernommen wurde, eine Veränderung in dem Münzweſen zugetragen hat, ſo entſcheidet hier im Allgemeinen die bekannte Rechtsregel, daß bei der Beſtimmung des Inhalts und Umfangs der Verbindlichkeit lediglich auf das tempus contractus zu ſehen ſey; es muß demnach ſo viel und ſolches Geld gezahlt werden, als zu der Zeit, wo die Verbindlichkeit begründet wurde, den Gegenſtand derſelben ausmachte. Beſtand nun inſonderheit die Münzveränderung 1) darin, daß ein neuer Münzfuß eingeführt wurde, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß, da hierdurch eine ganz andere Gattung des Geldes an die Stelle der früheren getreten iſt, die ſchuldige Summe Geldes nur alsdann für die nämliche, welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit, wie dieſe übernommen worden, ausmachte, gehalten werden könne, wenn dabei derjenige Münzfuß, welcher zur Zeit der Uebernahme ſtatt fand, auch nach der eingetretenen Veränderung zum Grunde gelegt wird. Entſtand z. B. eine Schuld von 100 Thalern zu einer Zeit, wo der 18 Guldenfuß angenommen war, und es ſoll, nachdem der 21 Guldenfuß eingeführt worden, der Inhalt dieſer Geldſchuld beſtimmt werden, ſo iſt es klar, daß, wenn man denſelben auf 100 Thaler nach dem neueren Münzfuße beſchränken wollte, der Gegenſtand der Verbindlichkeit dadurch um $\frac{1}{7}$ vermindert werden würde, indem man Geldſtücke, die, der gleichen Benennung ungeachtet, doch der Gattung nach verſchieden wären, einander ſubſtituirte. Nur mit 100 Thalern im 18 Guldenfuße geſchähe demnach der übernommenen Verbindlichkeit ein Genüge, und es muß daher, wenn die ſchuldige Summe nach Thalern in dem nun geltenden 21 Guldenfuße beſtimmt werden ſoll, eine Abſchätzung derſelben im Verhältniſſe zu jenem Münzfuße (Evalvation) nothwendig vorausgehen, mittelſt deren die Schuld auf $115\frac{2}{3}$ Thaler ſich erhöhen würde. Beſteht hingegen die eingetretene Münzveränderung 2) darin, daß die Münzſorten einen anderen Werth erhalten haben, ſo iſt dieſes bei eigentlichen Geldſchulden in der Regel ganz ohne Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit; denn da dieſe lediglich eine Summe Geldes zum Gegenſtande hat, und die Münzſorten dabei nur als Zahlungsmittel in Betracht kommen, die Gattung des Geldes aber die nämliche bleibt, ſo lange der Münzfuß nicht verändert wird, ſo

folgt hieraus, daß nicht minder eben ſolches und eben ſo viel Geld, als den urſprünglichen Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmachte, gegeben werde, wenn gleich die Zahlung in den veränderten Münzſorten geleiſtet wird. Nur allein darauf, wie bei der Zahlung die ihrem Werthe nach veränderten Münzſorten zu berechnen ſeyen, kann es hierbei ankommen; hierüber aber entſcheidet nicht die Zeit, wo die Verbindlichkeit begründet wurde, ſondern die, wo die Zahlung geleiſtet werden ſoll, eben darum, weil die Münzſorten keinen Gegenſtand der Verbindlichkeit, ſondern nur der Zahlung, ausmachen. Wenn z. B. die zur Zeit des 18 Guldenfußes entſtandene Geldſchuld von 100 Thalern, mittelſt Evalvation nach dem jetzt geltenden 21 Guldenfuße, auf 115⅔ Thaler beſtimmt worden iſt, und es nun zur wirklichen Bezahlung dieſer erhöheten Thalerzahl kommt, ſo kann der Gläubiger nicht auch verlangen, daß die Zahlung in den zu jener Zeit üblichen Münzſorten geſchehe, oder eine Reduction der jetzigen im Verhältniß zu jenen vorausgehe, ſondern er muß jetzige, wie ehemalige, Münzſorten, beide jedoch in ihrem dermaligen Werthe, annehmen. Bei dieſer Werthbeſtimmung der Münzſorten nach der Zahlungszeit könnte nun aber weiter die Frage aufgeworfen werden, ob dabei auf den inneren oder äußeren Werth derſelben zu ſehen ſey? — Doch iſt es nach dem Obigen unzweifelhaft, daß lediglich der letztere entſcheide. Geht man einmal davon aus, daß der innere oder Metallwerth der Münzſorten mit dem Gegenſtande der Verbindlichkeit bei eigentlichen Geldſchulden durchaus nichts gemein habe, die Beſtimmung der ſchuldigen Geldſumme vielmehr ganz ohne Rückſicht auf Münzſorten überhaupt, und insbeſondere auf deren inneren Werth, erfolge, dieſer mithin nur bei der zur Erfüllung der Geldverbindlichkeit gereichenden Zahlung in Betracht kommen könne, daß aber die Eigenſchaft, in welcher die Münzſorten zum Zahlungsmittel von Geldſchulden dienen, lediglich darin beſteht, daß dieſelben das Geld, als Begriff, in der äußeren Erſcheinung repräſentiren, daß gleichwohl dieſer repräſentative Charakter der Münzſorten nicht von ihrem Metallgehalte oder dem inneren Werthe, ſondern lediglich von der geſetzlichen Beſtimmung oder dem äußeren Werthe abhängt, — ſo muß folgerungsweiſe dieſer äußere Werth es auch ſeyn, nach welchem ſich der Gebrauch der Münzſorten zur Bezahlung von Geldſchulden richtet. Ein erläuterndes Beiſpiel hierzu läßt ſich am deutlichſten von dem Falle hernehmen, wo bei unverändertem Münzfuße die Münzſorten eine Aenderung erlitten haben. Es ſollen jetzt 100 Thaler, als Gegenſtand

genſtand der Geldſchuld, bezahlt werden; der Schuldner will dazu $\frac{1}{3}$ Stücke gebrauchen, welche erſt nach der Zeit der Entſtehung der Geldſchuld geprägt worden, und an innerem Metallwerthe geringhaltiger, als die zu jener Zeit vorhandenen, gleichwohl mit dem nämlichen Gepräge verſehen ſind; dieſe muß der Gläubiger, ohne alle Rückſicht auf die dermalige Verſchiedenheit des Metallgehaltes, nach ihrem äußeren Werthe, wie ihn das Gepräge ausdrückt, annehmen; oder der Schuldner will ſich der nämlichen $\frac{1}{3}$ Stücke, welche ſchon zur Zeit der Entſtehung der Schuld vorhanden waren, denen aber nachher ein höherer Werth, z. B. von 9 ſtatt 8 Ggr., geſetzlich beigelegt worden iſt, zur Zahlung bedienen, und ſie dem Gläubiger in dieſem erhöheten äußeren Werthe zurechnen, alſo z. B. für jede 9 Thaler nicht 27, ſondern nur 24 ſolcher $\frac{1}{3}$ Stücke, geben; da muß der Gläubiger ſich dieſes gefallen laſſen, weil der Gegenſtand ſeiner Forderung nur 100 Thaler nach dem jetzt noch geltenden Münzfuße iſt, in Anſehung des Zahlungsmittels aber lediglich der dermalige äußere Werth der Münzſorten entſcheidet.

§. 9.

Vom Geld-Darlehn insbeſondere.

Im Ganzen iſt auch das Geld-Darlehn nach den nämlichen Grundſätzen, wie die Geldſchulden überhaupt, zu beurtheilen; denn Geld iſt ja bei jenem, wie bei dieſen, der unmittelbare Gegenſtand der Verbindlichkeit, und Geld, nur Geld, hat alſo der Darlehns-Gläubiger zu fordern, der Darlehns-Schuldner zu zahlen.

Das Eigenthümliche des Geld-Darlehns in Vergleichung mit anderen Geldſchulden iſt nur, daß bei demſelben die Schuld durch ein vorausgegangenes Hingeben begründet wurde, daß in dieſem Hingeben das Weſen des Darlehnsvertrages, als eines Realcontracts, liegt, daß daher die hierdurch entſtandene Geldſchuld in einem Zurückgeben des Empfangenen beſteht, und demnach bei Beſtimmung des Gegenſtandes der Verbindlichkeit die Identität des Zurückzugebenden mit dem Hingegebenen nothwendig berückſichtigt werden muß. Beſtand nun 1) das Hingegebene oder Dargeliehene bloß in Gelde — wie es bei einem jeden reinen Geld-Darlehn der Fall ſeyn muß —, alſo in einer Summe Geldes ohne weitere Beſtimmung, ſo muß auch Geld, und nur Geld, zurückgegeben werden; die Rückzahlung eines ſolchen Geld-Darlehns geſchieht alſo, indem die dargeliehene

Summe Geldes in der nämlichen Gattung, worin ſie empfangen worden, auch zurückgegeben wird, auf beſtimmte Münzſorten kommt es dabei gar nicht, und in Anſehung derjenigen, womit die Zahlung wirklich vollzogen wird, nur auf diejenige Eigenſchaft an, welche dieſelben zum Repräſentativ-Mittel des Geldes macht, alſo auf deren äußeren Werth, wie er ihnen zur Zeit der Zahlung geſetzlich zukommt. Beſtand hingegen 2) das Dargeliehene in beſtimmten Münzſorten, welche bloß als Metallſtücke hingegeben und deren Zurückgabe nach der Stückzahl verabredet wurde, ſo iſt, da hier kein Geld-Darlehen, ſondern ein Darlehen in Waare, nämlich in den hingegebenen Münzſorten nach ihrem Metallgehalte, vorliegt, auch nicht Geld zurückzugeben, ſondern Metall, und zwar geprägtes Metall oder Münzſorten, als ſolche. Bei der Rückzahlung eines ſolchen Darlehns von Münzſorten fallen demnach alle diejenigen Rückſichten weg, welche von dem Begriffe des Geldes hergenommen, und in der Eigenſchaft der Münzſorten, als Repräſentativ-Mittel des Geldes, begründet ſind. Daher wird hierbei auf eine etwaige Veränderung des Münzfußes, als die Gattung des Geldes beſtimmend, gar nicht geſehen; es kommt auch der Geldwerth der dargeliehenen Münzſorten durchaus nicht in Betracht, es müſſen vielmehr bei der Rückzahlung entweder die nämlichen Münzſorten, bloß der Zahl nach und ohne alle Rückſicht auf deren äußeren Werth, gegeben und angenommen werden; oder, wenn die Zahlung nur in anderen, welche an deren Stelle getreten ſind, geleiſtet werden kann, ſo iſt dieß Aequivalent lediglich nach dem Metallwerthe, welchen die dargeliehenen Stücke zur Zeit des Darleihens hatten, zu berechnen.

§. 10.

Geld-Darlehn mit verabredetem Werth der Münzſorte.

Zwiſchen dieſen beiden Hauptfällen, dem reinen Geld-Darlehn und dem Darlehn von Münzſorten, in der Mitte liegt nun aber 3) der ſchwierigſte von allen, das Darlehn in Gelde mit Angabe der Münzſorten, wo alſo zwar eine Summe Geldes den unmittelbaren Gegenſtand des Darlehns ausmacht, derſelbe jedoch durch ausdrückliche Erwähnung der vom Darleiher hingegebenen Münzſorten eine nähere Beſtimmung erhalten hat. Auch bei dieſem Darlehn gilt im Allge-

meinen die Regel, daß der Gegenſtand der Verbindlichkeit in Gelde beſteht, und die Münzſorten nur als Zahlungsmittel in Betracht kommen. Allein ſofern die bei dem Darleihen gebrauchten Münzſorten bei der Hingabe nicht in ihrem damaligen geſetzlichen, ſondern in einem davon abweichenden conventionellen Werthe, berechnet wurden, kann doch dieſer Berechnungsweiſe ein weſentlicher Einfluß auf den Betrag der dargeliehenen Geldſumme ſelbſt nicht abgeſprochen werden; es hat indeſſen jene Vorausſetzung die Vermuthung ſtets gegen ſich, und kann dieſelbe daher nur in dem Falle angenommen werden, wenn ganz ausdrücklich bei Erwähnung der dargeliehenen Geldſumme, als Gegenſtandes des Vertrages, zugleich der von dem geſetzlichen abweichende Werth der Münzſorten, mittelſt deren jene Summe beim Hinzahlen dargeſtellt wurde, angegeben iſt. Beiſpiele werden dies erläutern. So ſind im erſteren Falle 100 Thaler in Groſchen, 100 Thaler in ⅓ Stücken, 100 Thaler in Laubthalern, 100 Thaler in Ducaten, immer nur 100 Thaler; eine Geldſummme von 100 Thalern macht den Gegenſtand der Verbindlichkeit aus, die damit verbundene Angabe der Münzſorten iſt für die Beſtimmung dieſes Gegenſtandes, oder des Betrages des Darlehns, vollkommen gleichgültig, und von nicht größerem Einfluße, als die Erwähnung irgend eines anderen Zahlungsmittels, welches bei der Hingabe des Darlehns angewendet wurde, wie etwa einer ſonſtigen Waare, z. B. 100 Thaler, welche der Schuldner mittelſt empfangener Früchte ſchuldig geworden. So wenig hier der bis zur Zeit der Rückzahlung ſich etwa verändernde Preis der Früchte in der Geldſchuld von 100 Thalern die mindeſte Veränderung hervorbringt, eben ſo wenig kann eine Veränderung im Werthe der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzſorten den eigentlichen Gegenſtand des Darlehns, die Geldſumme von 100 Thalern, auf irgend eine Weiſe modificiren; die Rückzahlung geſchieht daher, wie beim reinen Gelddarlehn, mit 100 Thalern in jeder zur Zeit der Rückzahlung gültigen Münzſorte, nach dem geſetzlichen Werthe, welcher ihr zu dieſer Zeit zukommt. Ganz ebenſo iſt ſodann auch der Fall zu beurtheilen, wo bei Erwähnung der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzſorte zugleich deren geſetzlicher Werth bemerkt worden iſt, z. B. 100 Thaler in Groſchen, 24 zu einem Thaler, oder 100 Thaler in Laubthalern zu 1½ Thalern, oder 100 Thaler in Ducaten zu 3 Thalern, (dieß als damaliger geſetzlicher Werth beider letzten Münzſorten angenommen); denn, wenn auch dieſer geſetzliche Werth bis zur Zeit der Rückzahlung eine Veränderung erleiden

ſollte, ſo entſcheidet doch nur der jetzige und nicht der damalige Werth, da Münzſorten, die in ihrem geſetzlichen Werthe zum Zahlungsmittel dienten, dabei nur im Allgemeinen, ſofern ſie Geld repräſentiren, in Betracht kamen, und nur ebenſo auch jetzt wieder zu berückſichtigen ſind. — Zu dem zweiten der obigen Fälle aber dient als Beiſpiel ein Darlehn von 100 Thalern in Laubthalern zu 1 Rthlr. 13 Ggr. oder 100 Thaler in Ducaten zu $3\frac{1}{8}$ Thalern. War hier zur Zeit des Darleihens der geſetzliche Werth dieſer Münzſorten der oben vorausgeſetzte, ſo iſt es klar, daß die Contrahenten, indem ſie von dieſem geſetzlichen Werthe durch ausdrückliche Verabredung eines anderen Werthes, in welchem die zur Zahlung gebrauchten Münzſorten berechnet worden, abgewichen ſind, gerade dieſen Münzſorten ihre allgemeine Eigenſchaft als Zahlungsmittel nach dem geſetzlichen Werthe haben entziehen wollen. Die rechtliche Wirkung aber, welche dieſes auf die Rückzahlung eines ſolchen Darlehns hat, iſt nicht ohne Schwierigkeit. Der Darleiher kann doch verlangen, daß ihm eben ſo viel zurückgegeben werde, als er hingab, und der Schuldner braucht nicht mehr zurück zu zahlen, als er empfieng; nun würden zu Ausfüllung der dargeliehenen Geldſumme von 100 Thalern in Laubthalern nach ihrem geſetzlichen Werthe $66\frac{2}{3}$ Stück derſelben erforderlich geweſen ſeyn, dahingegen nach jenem conventionellen Werthe deren nicht einmal völlig 65 dazu wirklich verwendet worden ſind. Kann daher bei der Rückzahlung der Schuldner darauf beſtehen, nur dieſelbe Stückzahl, welche er empfangen hat, ohne alle Rückſicht auf den jetzigen Werth der Laubthaler, zurück zu geben, oder wenn er in einer anderen Münzſorte zahlt, dieſelbe erſt im Verhältniß zu Laubthalern nach jenem conventionellen Werthe zu reduciren, alſo nur ſo viel an Thalern zu erſtatten, als die empfangenen Laubthaler, nach ihrem geſetzlichen Werthe zur Zeit des Darleihens, ausgemacht haben würden? oder kann vielmehr der Gläubiger verlangen, daß ihm die 100 Thaler unbedingt in Münzſorten nach ihrem dermaligen geſetzlichen Werthe, alſo auch, wenn die Zahlung in Laubthalern bewirkt werden ſoll, dieſe nur in ihrem gegenwärtigen geſetzlichen Werthe gezahlt werden? — Keines von Beiden. Eine Geldſumme, 100 Thaler, iſt der unmittelbare Gegenſtand des Darlehns; alſo dieſe Summe von 100 Thalern kann der Gläubiger zurückfordern, muß der Schuldner demſelben entrichten; dieſer kann hierzu, weil das Darlehn, der beigefügten Erwähnung der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzſorten und des ihnen conventionell beigelegten Werthes ungeachtet, ein Geld-Darlehn bleibt, jede beliebige

Münzſorte, welche zur Zeit der Rückzahlung Gültigkeit als Zahlungsmittel hat, verwenden; der Gläubiger kann nicht verlangen, daß ihm gerade Laubthaler wieder gegeben werden; will aber der Schuldner ſich derſelben zur Zahlung bedienen, ſo äußert nun jene vertragsmäßige Werthbeſtimmung darin ihre Wirkung, daß die Berechnung nicht ganz rein nach dem dermaligen geſetzlichen Werthe der Laubthaler, ſondern zugleich mit Rückſicht auf jenen conventionellen Werth, erfolge. Hat ſich nun ſeitdem der geſetzliche Werth nicht verändert, und iſt alſo das Verhältniß deſſelben zu dem beim Darleihen verabredeten noch das nämliche, ſo ſind die Laubthaler lediglich in dieſem conventionellen (und zugleich geſetzlichen) Werthe zu geben und anzunehmen; iſt hingegen immittelſt eine Veränderung in dem geſetzlichen Werthe eingetreten, ſo muß nun der bei der Rückzahlung zum Grunde zu legende Werth dergeſtalt ausgerechnet werden, daß, wie ſich der ehemalige geſetzliche Werth zu dem verabredeten verhielte, eben ſo der jetzige geſetzliche Werth zu dem bei der Rückzahlung entſcheidenden beſtimmt wird; alſo, wenn etwa die Laubthaler auf 1 Thaler 11 Ggr. herabgeſetzt worden wären, nach der Formel: 1 Thlr. 12 Ggr.: 1 Thlr. 13 Ggr. = 1 Thlr. 11 Ggr.: x.

§. 11.

Beſonderer Fall.

Mit dem in dem vorigen §. näher erörterten Falle iſt ein anderer ſehr ähnlicher nicht zu verwechſeln, der einer ganz verſchiedenen juriſtiſchen Beurtheilung unterliegt; derjenige nämliche, wo die Angabe einer Münzſorte neben der Geldſumme zur näheren Beſtimmung dieſer ſelbſt geſchieht, indem nämlich ohne jene Angabe eine Ungewißheit über die Gattung des Geldes ſtatt finden würde, welche dadurch gehoben werden ſoll. Dieſer Fall tritt namentlich ein, wo mehrere Gattungen des Geldes unter einer gleichförmigen Benennung im Gebrauche ſind, und es daher nothwendig wird, dieſelben noch durch eine weitere Bezeichnung von einander zu unterſcheiden; geſchieht nun dieſe Bezeichnung mittelſt Angabe der einzelnen Theile, in welche die Gattung des Geldes, wovon eben die Rede iſt, zerfällt, ſo erſcheint dies äußerlich als eine Bezeichnung der Münzſorte des dargeliehenen Geldes, es iſt aber im Grunde doch nur eine Beſtimmung der Gattung deſſelben. Ein ſehr anſchauliches Beiſpiel giebt hierzu der Fall, wo die den Gegenſtand der Schuld aus-

machende Geldſumme in Gulden ausgedrückt wurde. Denn es giebt größere und kleinere Gulden, die nicht immer durch eine ſpecifiſche Benennung unterſchieden ſind, ſondern hauptſächlich durch die Angabe ihrer Beſtandtheile und der Zahl von kleineren Münzſorten, welche den Gulden ausmachen, kenntlich werden. So giebt es Gulden zu 60 Kreuzern oder 15 Batzen, es giebt Gulden zu 16 Ggr. oder $21\frac{1}{3}$ Albus; es giebt auch, namentlich in Kurheſſen, noch andere Gulden, zu 26 Albus oder ſogenannte Kammergulden, zu $1\frac{1}{4}$ Thaler oder ſogenannte Goldgulden. Wollte man nun eine nach einer gewiſſen Guldenzahl contrahirte Geldſumme bloß durch dieſe Zahl ausdrücken, ſo bliebe es zweifelhaft, was für Gulden gemeint ſeyen; erſt durch die nähere Bezeichnung der Gulden zu 60 Kreuzer, 15 Batzen, 16 Ggr., 26 Albus ꝛc. beſtimmt ſich die Gattung der Gulden; und dieſe Bezeichnung iſt ſogar nothwendig, wenn andere Gulden, als welche dem allgemeinen Münzfuße des Landes entſprechen und im Verkehr gewöhnlich verſtanden werden, den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmachen, weil ſonſt, gegen die Meinung der Contrahenten, für jene die Vermuthung entſcheiden würde. Bei einem Darlehn (oder einer ſonſtigen Geldſchuld) über 100 Gulden zu 26 Albus hat demnach die Beifügung dieſer näheren Beſtimmung keinen weiteren Einfluß auf die Rückzahlung deſſelben, als daß 100 ſolcher Gulden bezahlt werden, deren jeder dem Betrage von 26 Albus gleichkommt. Dieſe Beſtimmung iſt nahe verwandt mit der des Münzfußes, welche ebenfalls auf die Gattung des Geldes ſich bezieht; ja ſie macht eigentlich einen Theil des Münzfußes in allgemeinerem Sinne, als geſetzlicher Norm des Münzweſens überhaupt, aus; es kann aber ſehr wohl ſeyn, daß neben jener Beſtimmung auch noch der Münzfuß in dem oben angegebenen engeren Sinne, wo er zunächſt auf das geſetzliche Metallverhältniß der zu prägenden Münzen ſich bezieht, in Betracht komme, wenn ſich nämlich dieſer Münzfuß ſeit der Begründung der Geldſchuld verändert hat, indem nämlich alsdann, um das obige Beiſpiel beizubehalten, der Betrag der 100 Gulden zu 26 Albus bei der Rückzahlung nicht anders mit Sicherheit beſtimmt werden kann, bis zuvor die Verſchiedenheit des Münzfußes, nach welchem jene Summe ausgeliehen worden, und des zur Zeit der Rückzahlung eingeführten ausgemittelt worden iſt.

Mit dem Gegenſtande dieſes §. möchte ſodann wohl noch ein anderer Fall in Verbindung zu bringen ſeyn, welcher auf den erſten Anblick nur wenig damit gemein hat; der Fall nämlich, wo die ſchuldige Geldſumme nach Thalern in Golde

oder in Louisd'or (Piſtolen), ohne weitere Werthangabe, beſtimmt iſt. Hier könnte man glauben, daß auch dieß nur für eine Bezeichnung der Münzſorte als Zahlungsmittel zu halten, daher ohne Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit ſelbſt oder den Betrag der Geldſumme ſey; ganz ebenſo, wie wenn der Thalerzahl der Zuſatz: in Laubthalern oder in Ducaten, beigefügt wäre (§. 10.). Allein hier iſt der beſondere Umſtand nicht unberückſichtigt zu laſſen, daß die Louisd'or herkömmlich, und mehrentheils ſogar nach ihrem Gepräge, eine Summe von 5 Thalern repräſentiren, obgleich ihr innerer und äußerer Werth mehr als 5 Silberthaler beträgt, daß demnach jene 5 Thaler eine ganz andere Gattung von Thalern ſeyn müſſen, als diejenigen, welche man gewöhnlich unter dieſer Benennung verſteht. Thaler in Golde unterſcheiden ſich demnach von gewöhnlichen Thalern auf ähnliche Weiſe, wie Laubthaler von Conventionsthalern, Thaler von Gulden, Gulden zu 26 Albus von Gulden zu $21\frac{1}{3}$ Albus. Demnach bezeichnet der einer Thalerſumme beigefügte Zuſatz: in Golde oder in Louisd'or, keinesweges bloß die Münzſorte als Zahlungsmittel, ſondern dient wirklich zur Beſtimmung der Gattung des Geldes. 100 Thaler in Golde ſind daher 100 ſolcher Thaler, deren 5 einen Louisd'or ausmachen. Da nun aber hiernach eine wirkliche Geldſchuld von 100 Thalern vorliegt, ſo muß dieſelbe nach den obigen Grundſätzen in jeder beliebigen Münzſorte bezahlt werden können. Zu dieſem Zwecke iſt die ganze Thalerſumme mit 5 auf die Stückzahl von Louisd'or zu reduciren, und dieſe (die Louisd'or) ſind alsdann nach ihrem geſetzlichen Werthe in Silbergeld zu berechnen; die Bezahlung der hierdurch herausgebrachten Zahl von Silberthalern aber hat keine weitere Schwierigkeit. Eine ſolche Reduction auf Silberthaler findet jedoch nur ſtatt, wenn die Schuld auf Thaler in Golde, in Louisd'or, oder auch in Louisd'or zu 5 Thalern, geſtellt iſt; war hingegen ein beſonderer Werth, in welchem die Louisd'or zugerechnet worden, angegeben, ſo folgt hieraus, daß man von jener Bedeutung der Thaler in Golde als $\frac{1}{5}$ Stücke einer Louisd'or abgegangen ſey, und die genannte Thalerſumme von Silberthalern verſtanden habe; es kommen daher nun ganz die nämlichen Grundſätze zur Anwendung, welche oben von der Berückſichtigung eines conventionellen Werths der Münzſorten im Verhältniſſe zu dem geſetzlichen vorgetragen wurden. Wäre z. B. eine Geldſchuld von 100 Thalern in Louisd'or zu $5\frac{1}{2}$ Thaler, zu einer Zeit contrahirt, wo der geſetzliche Werth der Lsdr. auf $5\frac{1}{3}$ Thaler beſtimmt war, und dieſer geſetzliche Werth betrüge zur Zeit der Rückzahlung 5 Thlr. 10 Sgr., ſo würde,

wenn wieder Louisd'or zur Zahlung gebraucht werden ſollen, die Berechnung nach der Formel: $5\frac{1}{3} : 5\frac{1}{2} = 5\frac{5}{12} : x$. einzurichten ſeyn; übrigens können, wenn nicht die Rückzahlung in Louisd'or ausdrücklich vorbedungen wurde, dazu auch andere Münzſorten nach ihrem geſetzlichen Werthe benutzt werden.

§. 12.
Kurheſſiſches Recht.

Im Allgemeinen iſt auch durch die kurheſſiſchen Particulargeſetze der Grundſatz ausdrücklich anerkannt worden, daß bei Verträgen über Geldverbindlichkeiten überhaupt die Zeit, in welcher der Contract abgeſchloſſen worden, zum Grunde zu legen, und inſonderheit bei jeder Geldleihe vor allen Dingen auf das tempus contractus den Rechten nach Rückſicht zu nehmen, und dieſes bei der Wiederablage des Anlehns als die einzige zuverläſſige Richtſchnur zu betrachten ſey [e]). Dieſer Grundſatz nun wird auf die in gewöhnlichen Zeiten ausgeliehenen Capitalien dergeſtalt angewendet, daß 1) die Berechnung der Thalerſumme nach der Würde des zur Zeit des Darlehns beſtandenen *Münzfußes* durch Evalvirung der Münzverſtändigen geſchehen, oder (was im Reſultat einerlei iſt) die in älteren Zeiten aufgenommenen Capitalien nach dem Unterſchied des damaligen Münzfußes zu dem jetzigen mit einem proportionirten Agio belegt werden ſollen [f]); 2) daß die Rückzahlung in jetziger *edictmäßiger* Währung, *ohne Unterſchied der Münzſorten*, geſchehen ſoll [g]). — Nur bei den während der Kriegszeiten, in den damals courſirten und ſelbſt in den herrſchaftlichen Caſſen nach damaligen Umſtänden tolerirten geringhaltigen Münzſorten, ausgeliehenen Capitalien ſoll bei der Abtragung auf den *wahren inneren Werth* der Geldſorten, und was der Schuldner hiernach wirklich empfangen hat, geſehen [h]), die Bezahlung jedoch in der zur Zeit des Abtrags geltenden Münze geleiſtet werden [i]). In Anſehung der

e) Verordn. v. 2. März 1764. §. 1. und vom 18. Aug. 1786. §. 1. (VI, 126. VII, 94) Hiermit iſt auch zu vergleichen das Münzedict v. 30. April 1622. §. 4. 5. (I. 614.)

f) Verordn. v. 1764. §. 5.; v. 1786. §. 2. 6.

g) Verordn. v. 1764. §. 2.; v. 1786. §. 2.

h) Verordn. v. 1764. §. 1.

i) Verordn. v. 21. März 1766. §. 10. (VI, 361.)

der Louisd'or iſt ſpeciell feſtgeſetzt, daß, wenn ein in dieſer Münzſorte ausgeliehenes Capital zwar auf niederheſſiſche Währung reducirt, die Münzgattung jedoch dabei ausdrücklich benannt worden, z. B. 100 Thaler niederheſſiſcher Währung in Louisd'or, ſolches in eben dieſer Gattung, und zwar, wie ſolche tempore contractus in Währung angenommen worden, wieder bezahlt, folglich es in dieſem Falle eben ſo, als wenn ein Capital in gewiſſen Speciebus vorgeſchoſſen und auf die Stücke contrahirt worden, z. B. 20 Stück Louisd'or, oder 100 Thaler in Louisd'or, das Stück zu 5 Thlr. gerechnet, gehalten, und die Wiederbezahlung nach dem Empfang ſchlechterdings regulirt werden ſolle [k]). Dieſe etwas undeutliche Verfügung iſt nachher dahin erläutert worden, daß diejenigen Capitalien, welche in Gold vorgeſchoſſen und in den Verſchreibungen die Species ausdrücklich benannt ſind, auch in eben denſelben Gold- oder ihnen gleich ſtehenden neuen Silbermünzen, ohne einiges Agio, wieder abgeführt werden ſollen [l]); daher auch in der neueſten der angeführten Verordnungen bei der Reduction nach dem Münzfuße Darlehen in Louisd'or völlig gleich mit allen andern behandelt werden [m]). Mit dieſen Erläuterungen aber enthält jene Verfügung im Weſentlichen nichts anders, als was im vorigen §. über die Rückzahlung eines Darlehns in Louisd'or, jedoch nach einer beſtimmten Thalerſumme, vorgetragen worden iſt. — Endlich gehört noch hieher die allgemeine geſetzliche Beſtimmung in Anſehung der auswärtigen Münzſorten, daß nämlich dieſelben, inſofern ſie nicht durch beſondere Verordnungen einen beſtimmten Werth erhalten haben, bei den herrſchaftlichen Caſſen nicht angenommen, auch im Handel und Wandel Niemandem aufgenöthigt werden ſollen, vielmehr einem Jeden überlaſſen bleiben müſſe, dergleichen fremde Münzſorten entweder gar nicht oder doch nur in einem ſelbſtbeliebigen Werthe (als Waare) anzunehmen [n]).

Auch das Oberappellationsgericht iſt zwar bei ſeinen Entſcheidungen von dem allgemeinen Princip, daß bei der Bezahlung einer Geldſchuld auf das tempus contractus zu ſehen ſey, ausgegangen [o]), jedoch in der Anwendung nicht ſtets den oben entwickelten Regeln gefolgt. Mit dieſen Regeln vollkommen übereinſtimmend iſt

k) Verordn. v. 1764. §. 3.

l) Verordn. v. 1766. §. 10. N. 3.

m) Verordn. v. 1786. §. 4.

n) Verordn. v. 16. Sept. 1803. (VII, 135.)

o) *Decisiones.* T. II. dec. 303. dec. 319. n. 1.

zwar 1) erkannt worden, daß, wenn eine Aenderung im Münzfuße eingetreten ſey, der Betrag einer Geldſchuld hiernach berechnet werden müſſe, alſo nicht die nämliche Thalerzahl beizubehalten ſey, wenn gleich der Gläubiger ſich noch ſo lange Zeit hindurch bei der gleichförmigen Zahlung beruhigt hat [p]). Desgleichen 2) daß, wenn als Gegenſtand der Schuld eine Thalerſumme angegeben iſt, auf die Münzſorten, in welchen die Hinzahlung geſchah, nichts ankomme, und ſelbſt, wenn beſtimmte Münzſorten genannt, aber in eine Thalerſumme aestimationis causa zuſammen gezogen worden, dieſe Sorten doch nicht begehrt werden können, welches nach dem rechtlichen Begriffe des Geldes gut entwickelt iſt [q]). Ferner 3) daß, wenn zur Zeit der Zahlung geringhaltige Sorten in den herrſchaftlichen Caſſen angenommen werden, der Schuldner auch in dieſen zu zahlen oder die wirklich gezahlten guten Sorten hiernach zu berechnen befugt ſey [r]); welches eine ſehr richtige Anwendung der Regel, daß über den Gebrauch der Münzſorten als Zahlungsmittel der äußere Werth derſelben zur Zeit der Zahlung entſcheide, iſt, obwohl in den Zweifelsgründen der angeführten Deciſion eine gewiſſe Unklarheit der Begriffe von valor extrinsecus, Münzfuß, und Geldcours, unverkennbar iſt. Von dieſer Unklarheit der Begriffe, welche man freilich auch bei allen Schriftſtellern damaliger Zeit antrifft, zeugt inſonderheit 4) die nur durch Stimmenmehrheit bewirkte Entſcheidung, daß der Gläubiger, welcher in Münzſorten darlieh, die zur Zeit des Darlehns geſetzlich gebilligt waren, dieſelben auch bei der Rückzahlung, obgleich ſie ſeitdem devalvirt und deren Annahme bei den herrſchaftlichen Caſſen unterſagt worden, annehmen müſſe [s]). Daß übrigens die ſchuldige Summe nach dem Münzfuße, welcher zur Zeit des Darleihens an dem Orte, wo ſolches geſchah, üblich geweſen, berechnet werden müſſe, iſt auch in der letztgedachten Deciſion als unzweifelhaft anerkannt worden.

In völliger Uebereinſtimmung mit den oben ausgeführten Grundſätzen finden wir dagegen die neueren Entſcheidungen des Oberappellationsgerichts, ſoweit die einzelnen zu deſſen Erkenntniß gediehenen Sachen dazu Veranlaſſung gaben. Nachſtehende Fälle werden davon überzeugen.

p) *Decisiones.* T. III. dec. 43. T. II. dec. 320. n. 6.
q) *Decisiones.* T. III. dec. 37.
r) *Decisiones.* T. I. dec. 137.
s) *Decisiones.* T. II. dec. 303.

I.

Aus einer Schuldverſchreibung vom 18. März 1807 über 7000 Thaler in Carolins zu 6 Thaler 6 Ggr. wird die Stadt Eſchwege von den Vormündern der v. H.ſchen Kinder, als ihren Gläubigern, auf Rückzahlung dieſes Capitals nebſt rückſtändigen Zinſen belangt, und durch einen Beſcheid der Regierung zu Caſſel vom 27. April 1816 zu deſſen obligationsmäßiger Zahlung verurtheilt.

Bei der Vollſtreckung dieſes Erkenntniſſes erhebt ſich darüber Streit, ob die Stadt ihrer Verpflichtung ein Genüge leiſte, wenn ſie die ſchuldige Summe in Laubthalern zu 1 Thaler 18 Albus, wie ſie dieſelbe beim Darleihen empfangen habe, zurück zahle, oder ob ſie die Laubthaler nur zu 1 Thaler 17 Alb., wie ſie zur Zeit der Rückzahlung gälten, den Gläubigern zurechnen könne.

Die Regierung erkennt hierauf am 26. Sept. 1818, daß die Kläger die Laubthaler in keinem höheren, als deren zur Zeit der Zahlung beſtehenden gewöhnlichen Werthe, anzunehmen ſchuldig ſeyen, weil, wenn gleich ſowohl die Obligation ſage, daß das Capital in Carolins zu 6 Thlr. 6 Ggr. dargeliehen worden ſey, als auch der Beſcheid vom 27. April 1817 beſtimme, daß daſſelbe in Carolins zu 6¼ Thlr. heimgezahlt werden ſolle, hierdurch jedoch nicht feſtgeſetzt worden ſey, daß 4 Stück Laubthaler eine Carolin zu 6¼ Thlr. ausmachen ſollten, dieſe auch, bei dem gegenwärtig herabgeſunkenen Cours der Laubthaler, nicht 6¼ Thaler betrügen.

Zu Begründung der hiergegen von dem Magiſtrat der Stadt Eſchwege an das Oberappellationsgericht ergriffenen Berufung machte es derſelbe hauptſächlich geltend, daß das Capital in Carolins zu 6¼ Thlr. erborgt, eben ſo auch von den Appellaten eingeklagt, und von der Regierung die Rückzahlung erkannt worden ſey, daß aber im gemeinen Leben, Handel und Wandel, 4 Laubthaler eine Carolin ausmachten, und die erfolgte Herabſetzung der Laubthaler nur die herrſchaftlichen Caſſen betreffe.

Zur Erläuterung dieſes letzteren Umſtandes iſt noch zu bemerken, daß im Jahre 1807, wo das Capital dargeliehen worden, der geſetzliche Werth der Laubthaler, wie ſolche in den herrſchaftlichen Caſſen anzunehmen ſeyen, auf 1 Thlr. 17 Alb. 4 Hlr. beſtimmt war, nachher aber, durch eine Bekanntmachung vom 18. April 1816, eine Herabſetzung dieſes Werthes auf 1 Thlr. 16 Alb. erfolgte. — Dieſemnach würde, wenn das Oberappellationsgericht bei ſeiner Entſcheidung ganz ſtreng dem nach den obigen allgemeinen Grundſätzen zu beobachtenden Verhältniſſe zwiſchen dem bei dem Darlehnsvertrage feſtgeſetzten Werthe der Laubthaler und dem geſetzlichen, nach deſſen Verſchiedenheit zur Zeit des Darleihens und der Rückzahlung, hätte

folgen können, der bei der wirklichen Zahlung zum Grunde zu legende Werth der Laubthaler, nach der Formel: 1 Thlr. 17 Alb. 4 Hlr. : 1 Thlr. 18 Alb. = 1 Thlr. 16 Alb. : x, auf 1 Thlr. 16 Alb. $7\frac{22}{37}$ Hlr. zu beſtimmen geweſen ſeyn; da indeſſen die Appellaten ſelbſt erklärt hatten, die Laubthaler zu 1 Thlr. 17 Alb., wie ihr Courswerth damals ſtand, ſich anrechnen laſſen zu wollen, ſo mußte es bei dieſem freiwilligen Nachgeben ſein Verbleiben behalten. Demnach erfolgte bei dem Oberappellationsgerichte das nachſtehende am 14. Jul. 1819 ausgeſprochene Erkenntniß:

„In Erwägung, daß zwar nach dem unbezweifelt allgemein hier geltenden Sprach- und Handels-Gebrauche unter der in einem Vertrage vorkommenden Benennung einer Carolin, ſobald nicht ausdrücklich von der damit bezeichneten Goldmünze die Rede iſt, vier Stück Laubthaler verſtanden werden, und alſo eine Carolin zu $6\frac{1}{4}$ Thlr. für gleichbedeutend mit vier Laubthalern zu 1 Thlr. 18 Alb. zu halten iſt;

daß jedoch in der Schuldverſchreibung des Appellanten die Erwähnung der Carolins nicht als Gegenſtand des Darlehns, welches vielmehr auf eine beſtimmte Thaler-Summe gerichtet iſt, ſondern nur als Zahlungsmittel, vorkommt;

daß aber das Verhältniß, worin eine als Zahlungsmittel benannte Geldſorte zu dem eigentlichen Gegenſtande eines Gelddarlehns ſteht, lediglich nach dem derſelben zur Zeit der Zahlung zukommenden geſetzlichen Werthe zu beſtimmen iſt;

und daß, wenn gleich der Regierungsbeſcheid vom 27. April 1816 die Appellantin nur zur Bezahlung von 7000 Thlr. in Carolins zu $6\frac{1}{4}$ Thlr. verurtheilte, hierbei jedoch vorausgeſetzt wurde, daß der geſetzliche Werth der Laubthaler ſeit Eingehung des Darlehnsvertrags keine Aenderung erlitten habe;

daß gleichwohl dieſe factiſche Vorausſetzung durch die Bekanntmachung vom 18. April 1816, welche den vorherigen geſetzlichen Werth der Laubthaler von 1 Thlr. 17 Alb. 4 Hlr. auf $1\frac{1}{2}$ Thaler herabſetzt, als aufgehoben erſcheint;

und daß überdies der Appellat durch Verzögerung der Zahlung, indem er es auf Anſtellung einer Klage ankommen laſſen, die Appellaten ſelbſt außer Stand geſetzt hat, die Zahlung in Laubthalern vor deren Herabſetzung in dem in der Obligation angeführten Werthe in Empfang zu nehmen und wieder auszugeben;

daß demnach nunmehr, wenn der Appellant bei der Rückzahlung des befragten Darlehns ſich der Laubthaler als Zahlungsmittel bedienen will, dieſelben nur in dem Verhältniſſe, worin zur Zeit des Darlehnsvertrages deren hierin verabredeter Werth zu dem damaligen geſetzlichen ſtand, angenommen zu werden brauchen;

daß jedoch die Appellaten ſelbſt, die Laubthaler nach dem dermaligen etwas höhern Cours=werthe, nämlich zu 1 Rthlr. 17 Alb., annehmen zu wollen, erklärt haben;

und daß im Uebrigen die Entſcheidungsgründe der Regierung von dem Appellanten nicht haben widerlegt werden können;

werden die vom Procurator H. gebetenen Proceſſe dieſer ungegründeten Appellation abgeſchlagen.“ [1])

2.

Die Stadt Witzenhauſen hat ſich durch eine Urkunde vom 13. Sept. 1568 verbindlich gemacht, jährlich die Summe von 20 Gulden, jeden zu 26 Albus zu rechnen, an die Univerſität Marburg zu Unterhaltung der daſigen Stipendiaten zu entrichten. Dieſe jährliche Abgabe iſt bis zum Jahre 1817 unverändert mit $16\frac{1}{4}$ Thalern nach dem jedesmaligen Münzfuße bezahlt worden. Weil indeſſen die Univerſität nach einer Vergleichung des Münzfußes von 1568 mit dem dermaligen eine Erhöhung dieſer Summe auf 26 Thaler 4 Alb. 7 Hlr. begehren zu können glaubt, die Stadt Witzenhauſen aber zu dieſer Erhöhung ſich nicht verſtehen will, klagt der Univerſitätsſyndicus den Mehrbetrag von jährlich 9 Thlr. 28 Alb. 7 Hlr. gegen den Magiſtrat derſelben ein.

Der Verklagte behauptet hiergegen, die Stadt habe ſich zu weiter nichts, als zur Bezahlung von 20 mal 26 Albus verbindlich gemacht, woraus das Verſprechen, 20 Gulden in dem damals üblichen $10\frac{1}{2}$ Guldenfuße zu entrichten, nicht folge; die Evalvationsordnungen bezögen ſich bloß auf Capitalſchulden, nicht aber auf Verbindlichkeiten, welche auf keinem oneröſen Titel, ſondern bloß auf freier Verwilligung, beruhten. Ueberdieß ſey es, nachdem die Univerſität ſeit ſo langen Jahren die gezahlten $16\frac{1}{4}$ Rthlr. für die verſprochenen 20 Gulden zu 26 Albus als vollſtändige Zahlung angenommen habe, zur Obſervanz geworden, ſo viel und nicht mehr zu zahlen.

Durch Regierungs=Beſcheid vom 7. Decemb. 1822 wird der Univerſität der Beweis auferlegt, daß 20 Gulden, jeder zu 26 Albus gerechnet, nach dem in Niederheſſen am 13. Sept. 1568 üblich geweſenen Münzfuße, verglichen mit jetziger Niederheſſiſcher Caſſenwährung, 26 Thaler 4 Alb. 7 Hlr., oder wie viel weniger, betragen. Zum Entſcheidungsgrunde in Anſehung der hierbei vorausgeſetzten rechtlichen Begründung der Klage diente, daß die im Jahre 1568 courſirenden Münzen in Natur nicht mehr vorhanden, die damals gebrauchten

[1]) Gleichmäßig wurde erkannt durch ein Oberappellationsgerichts=Decret vom 18. April 1818, in Sachen: v. Stockhauſen g. Feidel. (Decis. T. III. p. 155. not. *.)

Werthbeſtimmungen aber nicht anders, als nach dem damaligen Münzwerthe, zu erklären ſeyen, das dermalige Geld alſo nur nach ſeinem inneren Gehalte mit dem vormaligen zu vergleichen ſey, daß auch hierbei der Titel der Zahlungsverbindlichkeit, da dieſe ſelbſt nicht beſtritten werde, keinen Unterſchied mache, und daß endlich aus der langjährigen gleichförmigen Annahme der minderen Zahlungsſumme nur ein Verzicht auf die Nachforderung des Mehrbetrags für die geleiſteten einzelnen Zahlungen, nicht aber eine bindende Norm für künftige Zahlungen, zu entnehmen ſey.

Das Oberappellationsgericht beſtätigte dieß Erkenntniß, auf die vom Verklagten dagegen ergriffene Berufung, am 21. Jan. 1824 durch ein Decret nachſtehenden Inhalts:

„In Erwägung, daß durch eine Veränderung des Münzfußes, wenn gleich mit Beibehaltung des Namens der Münzſorten, eine ganz andere Gattung des Geldes an die Stelle des vorherigen geſetzt wird;

daß daher der eigentliche Gegenſtand einer Geldverbindlichkeit, welche vor einer ſolchen Veränderung begründet wurde, nur durch eine Vergleichung des damaligen mit dem jetzigen Münzfuße beſtimmt werden kann;

mithin der Appellant ſeiner zu einer Zeit, wo nach des Appellaten Behauptung der $10\frac{1}{5}$ Guldenfuß galt, übernommenen Verbindlichkeit dadurch kein Genüge leiſtet, wenn er nicht mehr, als die nämliche Guldenzahl, im 20 Guldenfuße zahlt;

daß auch die in der Vertragsurkunde enthaltene weitere Bezeichnung der Gulden zu 26 Albus nicht für eine Beſchränkung der Verbindlichkeit auf dieſe Albuszahl nach jedem künftigen Münzfuße zu halten iſt, indem durch jenen Zuſatz nur beſtimmt worden, daß nicht gewöhnliche Gulden zu $\frac{2}{3}$ Thaler oder $21\frac{1}{3}$ Albus, vielmehr ſolche, welche 26 Albus enthalten, gemeint ſeyen;

daß ferner bei dergleichen auf Vertrag beruhenden jährlichen Leiſtungen eine Verjährung durch bloßen Zeitablauf nicht anders, als in Beziehung auf jeden einzelnen Jahrsbetrag, ſtatt findet, das Recht ſelbſt aber dadurch für die Zukunft keine Aenderung erleidet;

und daß im Uebrigen die Entſcheidungsgründe des Obergerichts von dem Appellanten nicht haben widerlegt werden können;

werden die vom Procur. R. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

Teutſches Privatrecht.

VIII.

VIII.

Eigenthumsrechte an einzelnen unter dem Rechtsverhältniſſe der Errungenſchaft erworbenen Gegenſtänden erlangt die überlebende Ehefrau nicht eher, bis ſolche nach vollſtändiger Berichtigung des Activ- und Paſſiv-Beſtandes der gemeinſchaftlichen Maſſe als wirklicher Erwerb ausgemittelt ſind.

„Wahre Gütergemeinſchaft findet nur da ſtatt, wo den Eheleuten ein Geſammteigenthum oder Miteigenthum an ihren ſämmtlichen Gütern oder einem Theile derſelben zuſteht [a]). Wendet man dieſen Grundſatz auf die particuläre Gütergemeinſchaft in Anſehung des ehelichen Erwerbes oder auf das Rechtsverhältniß der Errungenſchaft an, ſo folgt hieraus, daß Geſammteigenthum oder Miteigenthum an Demjenigen, was während der Ehe erworben wird, das characteriſtiſche Merkmal dieſes Rechtsverhältniſſes ausmache. Eine ganz natürliche Folge hiervon ſcheint es zu ſeyn, daß an den ſolchergeſtalt in das gemeinſchaftliche Eigenthum beider Ehegatten übergehenden Gegenſtänden auch beiden wirkliche Eigenthumsrechte von dem Augenblicke an erworben werden, wo dieſelben in das gemeinſchaftliche Eigenthum fallen, dergeſtalt, daß wenn auch die bis zur Auflöſung der Ehe fortdauernde unzertrennte Gemeinſchaft die beſonderen Aeußerungen des jedem einzelnen Ehegatten erworbenen Miteigenthums hindert, doch, ſobald dieſe Auflöſung eintritt, jeder Ehegatte (oder ſeine Rechtsnachfolger) ſich ſofort als Eigenthümer zu ſeinem Antheile geriren und die dem Eigenthümer zuſtehenden Verfügungen über ſolche Gegenſtände der Errungenſchaft gültig vornehmen könne. Die practiſche Wirkung hiervon würde ſeyn, daß die ganze Activmaſſe des erworbenen Vermögens den beiden Ehegatten als Individuen eigenthümlich zugehörte,

a) Eichhorn Einleit. in das deutſche Privatrecht. §. 305.

der Paſſivbeſtand aber nur eine perſönliche Verpflichtung derſelben gegen die gemeinſchaftlichen Gläubiger mit ſich führte, ſo daß alſo dieſe ſich nur an die Ehegatten, als ihre Schuldner, nicht aber unmittelbar an die gemeinſchaftliche Maſſe, halten könnten, daher ſie, ſofern ihnen nicht ſelbſt dingliche Rechte an Gegenſtänden der Errungenſchaft zugeſtanden wären, allen denjenigen nachſtehen müßten, welchen dergleichen Rechte von einem der Ehegatten nach Auflöſung der Ehe zu ſeinem Antheile eingeräumt worden wären, wie dann auch eine auf dieſe Weiſe vorgenommene Veräußerung ſolcher Gegenſtände von den Gläubigern nicht würde verhindert oder angefochten werden können. — Daß dieſe practiſchen Folgerungen aus der obigen Vorausſetzung ſich mit dem materiellen Rechte nicht vertragen, leuchtet wohl Jedem ein, und es wird dieſes beſonders auffallend, wenn man dabei an frühere Gläubiger des von einem der Ehegatten zugebrachten Vermögens denkt, welche ſogar bei wirklich vorhandenem ehelichen Dequeſt doch den anderen Ehegatten als Miteigenthümer der während der Ehe erworbenen Gegenſtände, und nur als ihren perſönlichen Schuldner, anerkennen müßten. Allein, wie dieſe dem materiellen Rechte nicht entſprechenden Folgen, oder vielmehr ihre Quelle — jene Vorausſetzung ſelbſt, mit juriſtiſchen Gründen zu beſeitigen ſeyen, iſt allerdings viel weniger klar. Eine Verwechslung deſſen, was im Allgemeinen Gegenſtand des ehelichen Erwerbes oder der Errungenſchaft iſt, und deſſen, was als Reſultat dieſes Erwerbes den reinen Gewinn beider Ehegatten bildet, iſt wohl einerſeits, andrerſeits aber ein ganz unrichtiger Begriff von dem rechtlichen Verhältniſſe, in welchem die einzelnen Ehegatten rückſichtlich ihres privativen Vermögens zu dem während der Ehe gemeinſchaftlich erworbenen ſtehen, der hauptſächlichſte Grund jener irrigen Vorausſetzung. Von dieſem Geſichtspuncte muß daher auch weſentlich die Berichtigung derſelben ausgehen, wobei es vorzüglich darauf ankommt, die objective Verſchiedenheit der particulären und allgemeinen Gütergemeinſchaft gegen die unbedingte Anwendung ihrer juriſtiſchen Gleichheit geltend zu machen.

„Die Errungenſchaft beſteht aus allem Demjenigen, was beide Ehegatten durch geſchickte Verwaltung und Benutzung des von ihnen beiden beigebrachten Vermögens, auch durch Fleiß, Arbeit, Geſchicklichkeit und Glücksfälle, in ſtehender Ehe erwerben“ b). Das privative Vermögen beider Ehegatten wird

b) Scherer die verworrene Lehre von der ehelichen Gütergemeinſchaft. Th. II. §. 214.

alſo zwar in die Societät inferirt, jedoch mit Vorbehalt des ausſchließenden Eigenthums eines jeden Ehegatten c), nur zu dem Zwecke, die davon zu ziehenden Nuzzungen und Vortheile als gemeinſchaftlichen Erwerb zu betrachten. „Res in dictam societatem illatae nobis dicuntur illae, quos conjuges tempore societatis habuerunt, atque in societatem intulerunt, ut ex illarum negotiatione vel fructibus lucrum commune quaeratur“ d). Quamvis enim principaliter res utriusque socii propriae in bonorum societatem ad quaestum contractam non veniant, eatenus tamen eas contulisse videntur, ut commodum et omne lucrum exinde proveniens inter socios fiat commune“ e). Hieraus nun ergiebt ſich eine ſehr folgenreiche Verſchiedenheit der auf den Acqueſt beſchränkten von der allgemeinen Gütergemeinſchaft darin, daß bei letzterer das beiderſeitige Vermögen beider Ehegatten mit demjenigen, was während der Ehe erworben wird, eine unzertrennte Maſſe abgiebt, in welcher ſich die beſonderen Rechte eines jeden Ehegatten gänzlich auflöſen und verlieren, dahingegen bei jener Gattung der particulären Gütergemeinſchaft eine dreifache Vermögensmaſſe, im juriſtiſchen Sinne geſondert, angenommen werden muß, nämlich zwei privative Maſſen des von einem jeden Ehegatten zugebrachten Vermögens, und eine dritte gemeinſchaftliche des in der Ehe erworbenen. Dieſe dritte Maſſe, oder der eigentliche Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes der Errungenſchaft, gehört weder dem Manne, noch der Frau, noch kann man ſagen, beiden zu beſtimmten Antheilen; ſie gehört ihnen vielmehr nur, inſofern man beide Ehegatten als ein Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, als moraliſche Perſon, betrachtet; daher auch Haſſe, deſſen bekannte Schrift f) vorzüglich dazu geeignet iſt, Licht über dieſe „verworrene Lehre“ zu verbreiten, als das weſentliche Kennzeichen einer jeden Gütergemeinſchaft angiebt: „wenn beide Eheleute in Hinſicht irgend eines Vermögens als Eine moraliſche Perſon angeſehen werden“ (S. 97.), dar=

c) Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts. Th. VI. §. 610. N. II.

d) Lauterbach diss. de periculo rerum in societatem conjugalem illatarum §. 18.

e) Lauterbach diss. de societate bonorum conjugali. §. 12.

f) von der ehelichen Gütergemeinſchaft. Kiel 1808.

aus aber die geſetzlich[g]) begründete Folgerung zieht: „daß die einzelnen phyſiſchen Perſonen in Hinſicht des Vermögens der myſtiſchen Perſon als gar nicht berechtigt oder verpflichtet angeſehen werden“ (S. 101.). Ein Antheil der Einzelnen pro rata iſt mit einem ſolchen Verhältniſſe ganz unverträglich[h]); nur die Individuen zuſammen haben das Vermögen, jeder für ſich aber hat daran gar keinen Antheil[i]). Daher kann auch keins der Individuen als Eigenthümer einer Sache angeſehen werden, deren Eigenthum zum gemeinſchaftlichen Vermögen gehört, da einzig und allein die myſtiſche Perſon Eigenthümer derſelben iſt[k]). Ein beſtimmter Antheil eines jeden Ehegatten an der Geſammtmaſſe der moraliſchen Perſon, und ein privatives Eigenthum deſſelben an den hierzu gehörigen Gegenſtänden aber erſcheint erſt dann, wenn nach aufgelöſter Ehe der wirkliche Activbeſtand jener Maſſe conſtituirt iſt, und ſich dabei, in beſonderer Anwendung auf die Gütergemeinſchaft des Acqueſts, ergeben hat, daß, nach Abzug des Eingebrachten beider Ehegatten, und nachdem deren privative Maſſen in den vorigen Zuſtand hergeſtellt worden ſind, noch ein wirklicher Vermögensbeſtand der dritten bisher gemeinſchaftlichen Maſſe übrig bleibt. „Soluto enim matrimonio quilibet conjugum prius et ante omnia ex communibus bonis, scilicet constante matrimonio comparatis, deducit suum patrimonium vel suum capitale, quod habuit tempore initi matrimonii, vel aestimationem ejus, si res sua fuerit vendita aut consumta; nec acquaestus intelligi possunt, nisi deducto prius omni aere alieno deductoque cuiusque capitali“[l]).

Gehet man nun, alles Dieſes vorausgeſetzt, zu der auf den eigentlichen Streitpunct zunächſt hinweiſenden Frage über: welche einzelne Gegenſtände zu dem eheli-

g) l. 7. §. 1. *quod cujusq. univers.*

h) Thibaut Pandectenrecht Th. I. §. 221. Runde Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenſtände. B. I. S. 22.

i) Haſſe a. a. O. §. 30. a. E.

k) Haſſe a. a. O. §. 31. S. 107. — Vergl. a. J. H. Böhmer exercitationes ad Pand. T. IV. ex 70. p. 637. Lange von der Gemeinſchaft der Güter. Hptſt. 7. §. 2. G. L. Böhmer. electa iur. civ. T. III. ex 17. §. 12. Danz a. a. O. §. 606. N. I. 2.

l) Sande decisiones frisicae. Lib. 2. tit. 5. def. 3.

chen Erwerbe gehören? ſo kann dieſe hiernach in einem doppelten Sinne genommen werden: 1.) ſo, daß man unter dem ehelichen Erwerbe den Gegenſtand des ganzen Rechtsverhältniſſes der Errungenſchaft verſteht, und alſo mit jener Frage nichts weiter ſagen will, als: ob gewiſſe einzelne Gegenſtände zu der gemeinſchaftlichen im Eigenthume der moraliſchen Perſon befindlichen, oder zu einer der privativen Maſſen beider Ehegatten, gehören?; alsdann aber entſcheidet dieſelbe durchaus nichts über die Rechte eines der Ehegatten als Theilhaber an der Geſammtmaſſe und den darunter befindlichen Sachen, ſondern nur über deſſen Rechte an ſeinem beſondern Vermögen gegen die Geſammtmaſſe; ſie betrifft alſo durchaus nicht das rechtliche Verhältniß beider Ehegatten gegen dritte Perſonen, ſondern nur das der einzelnen Ehegatten gegen die moraliſche Perſon, und jene Frage ſagt mit andern Worten nichts weiter, als: welche Gegenſtände ſind dazu geeignet, in die Geſammtmaſſe der moraliſchen Perſon zu fallen? Bei der Beantwortung dieſer Frage kommt es denn allerdings lediglich auf die Art der Erwerbung der einzelnen Gegenſtände an, und es kann folglich dabei auch nur auf die Zeit der Erwerbung geſehen werden. Nur in dieſem Sinne wird die Frage von denjenigen Schriftſtellern genommen, welche [m]) Verzeichniſſe derjenigen Gegenſtände aufſtellen, die zur Errungenſchaft gehören, nämlich immer nur im Gegenſatze zum privativen Vermögen der einzelnen Ehegatten, wie ſich ſowohl aus dem von letzterem Schriftſteller ausdrücklich angegebenen Streitpunkte, nämlich ob gewiſſe Gegenſtände pro bonis patrimonialibus sive acquisitis zu halten ſeyen, als auch daraus ergiebt, daß beide hiermit die Unterſuchung verbinden, für welche Gattung die Vermuthung ſtreite [n]). Daß ein Gegenſtand in dieſem Sinne zum ehelichen Erwerb gehöre, hat alſo in Beziehung auf die Rechte der einzelnen Ehegatten an demſelben keine weitere Folge, als daß beide zur Theilnahme an dem davon zu erwartenden Gewinn oder Verluſt berechtigt und resp. verpflichtet werden; es iſt ein ſolcher Gegenſtand, wie Lange [o]) ſich ausdrückt, ein gemeinſchaftliches und in ſtehender Ehe errungenes Gut, woran jeder Ehegatte ſowohl quoad commoda, als quoad incommoda, ex capite communionis particularis Theil nimmt.

m) wie Danz a. a. O. Th. VII. §. 610. b. und Lange a. a. O. Hptſt. 5. §. 4. ff.
n) Danz a. a. O. lit. D. Lange a. a. O. §. 2.
o) a. a. O. S. 126.

Hiervon durchaus verſchieden iſt aber 2.) jene Frage, ob nämlich ein Gegenſtand zum ehelichen Erwerbe gehöre, in dem Sinne, wo man dabei an ein den beiden Ehegatten, als einzelnen Perſonen, erworbenes Eigenthum an dem befragten Gegenſtande denkt. Hier kann man unter ehelichem Erwerbe nur Dasjenige verſtehen, was nach der Auflöſung der Ehe als wirkliches Activvermögen übrig bleibt und unter beiden Ehegatten zur Vertheilung kommt; in dieſem Sinne iſt jene Frage gleichbedeutend mit der: welche Gegenſtände gehen aus der während der Ehe beſtandenen Geſammtmaſſe nunmehr in das privative Eigenthum der einzelnen Ehegatten oder ihrer Erben über? — Zu Beantwortung dieſer Frage muß vor allen Dingen davon conſtiren: ob etwas von dem nach der obigen erſten Beſtimmung zum gemeinſchaftlichen Erwerbe gehörigen Vermögen noch zu vertheilen übrig iſt; es muß alſo zunächſt eine genaue Vergleichung des Zuſtandes des Vermögens zur Zeit der getrennten Ehe mit dem Eingebrachten beider Ehegatten vorgenommen [p]), ſodann das beiderſeitige Eingebrachte von der vorhandenen Maſſe in Abzug gebracht werden; es müſſen hiernächſt alle Schulden bezahlt ſeyn, ehe von einem definitiven Erwerbe, einer wirklichen Vermehrung des Vermögens der Ehegatten während der Ehe, und von den Rechten, welche einem jeden einzelnen an den hierunter begriffenen Gegenſtänden zuſtehen, die Rede ſeyn kann; hier alſo entſcheidet nicht die Zeit und Art der Erwerbung, ſondern die Zeit und das Reſultat der Liquidation. Ein während der Ehe erworbener Gegenſtand gehört alſo nicht zum ehelichen Erwerbe in dieſem Sinne, wenn, nach aufgelöſter Ehe und beendigter Liquidation der Geſammtmaſſe, kein wirklicher Vermögenszuwachs übrig bleibt, indem nämlich jeder Theil erſt ſeine Illaten an der Maſſe abzieht und nur das residuum den wirklichen Acqueſt conſtituirt [q]); praeceptis a coniuge vel eius heredibus bonis propriis in communionem illatis, questus dividitur [r]), wo denn alſo, im Falle die Illaten das ganze, wenn gleich in der Ehe erworbene, Vermögen abſorbiren, es nun gänzlich an einem Gegenſtande, woran einem Ehegatten vermöge des Acqueſts Eigenthum zuſtehen könnte, mangelt.

p) Eichhorn a. a. O. §. 311. N. II.

q) Lange a. a. O. §. 4.

r) Hofacker princ. iur. civ. T. I. §. 464.

Auf den bisher erörterten zwiefachen Sinn des Ausdrucks: ehelicher Erwerb oder Errungenſchaft, macht auch Haſſe [s]) beſonders aufmerkſam, und bemerkt: es ſey zwiſchen errungenem Vermögen, was während der Ehe gemeinſchaftlich wäre, und einer Errungenſchaft, auf welche die socii oder ihre Erben Theilungsrechte hätten, wohl zu unterſcheiden, wenn nicht die heterogenſten Sachen amalgamirt werden ſollten. — Setzt man daher den Fall, es hätte der Ehemann 1000 Thaler an baarem Gelde inferirt, bei Auflöſung der Ehe durch deſſen Tod aber fände ſich nichts weiter vor, als Grundſtücke und Mobilien, die während der Ehe angeſchafft worden, im Werthe von 2000 Thalern; wogegen ein Gläubiger des Mannes von der Zeit vor Eingehung der Ehe 800 Thaler fordere, und ein anderer für Lieferungen zum gemeinſchaftlichen Haushalte 600 Thaler liquidire. Hier würden jene in der Ehe angeſchafften Gegenſtände nach ihrem vollen Werthe das errungene, während der Ehe gemeinſchaftliche, Vermögen ausmachen; eigentliche Errungenſchaft (nach Haſſe's Terminologie), oder Activvermögen, woran den Ehegatten Theilungsrechte zuſtänden, wären dieſelben aber keinesweges; es könnte alſo die überlebende Ehefrau nicht jene Gegenſtände zur Hälfte als ihr Eigenthum behandeln, und ſich dagegen jenen beiden Gläubigern als Schuldnerin zur Hälfte darſtellen, vielmehr müßten von der Geſammtmaſſe die vom Manne inferirten 1000 Thaler (woran ſich deſſen Gläubiger zu halten hätte) abgezogen, auch die von dem Gläubiger der Gemeinſchaft liquidirten 600 Thaler bezahlt werden, und nur die übrig bleibenden 400 Thaler bildeten den eigentlichen Acqueſt, welcher zu gleichem Antheile in das privative Eigenthum beider Ehegatten überginge.

Auch nach dem kurheſſiſchen Particularrechte, welches die Gemeinſchaft des Erwerbes als Regel für die ehelichen Vermögensverhältniſſe unter gewerbtreibenden Bürgern und Bauern aufſtellt, kann die Anwendbarkeit jener allgemeinen Grundſätze nicht bezweifelt werden. Zwar hat das in den Geſetzen [t]) als beſtehend anerkannte Inſtitut durch dieſe ſelbſt keine ſo beſtimmte Ausbildung erhalten, um daraus ausdrückliche Belege für die unmittelbare Anwendung

s) a. a. O. § 63. N. 4.

t) Proceßordnung v. 5. Septemb. 1745. §. 38—40. (Samml. d. Landesordn. B. IV. S. 900.) Fürſtl. Erläuterungs-Reſcript v. 29. Decemb. 1752. (V, 59.) Verordnung v. 17. März 1767. §. 27. (VI, 408.)

jener Grundſätze entlehnen zu können; doch fehlt es keinesweges an indirecten Hinweiſungen, aus denen eine Beſtätigung derſelben wohl gefolgert werden kann; namentlich gehört dahin die Faſſung des §. 40. der angeführten Proceßordnung, wo von den Frauen geredet wird, welche an dem, was der Mann acquirirt, *nach deſſen Abſterben* die Hälfte *zu lucriren* gedenken, woraus ſich wohl ſchließen läßt, daß die wirkliche Theilnahme der Ehefrau an dem ehelichen Erwerbe erſt nach Auflöſung der Ehe eintrete. Noch deutlicher iſt ſich aber hierüber in einer der gedruckten Oberappellationsgerichts-Entſcheidungen u) geäußert worden. Den von dem 1ſten Correferenten aufgeſtellten Satz, daß die Frau regulariter erſt societate conjugali finita nach dem Erwerbe zu fragen habe, führt nämlich der 2te Corref. ganz ſpeciell dahin aus, wie er „*nicht* dafür halte, daß alles Dasjenige, was Mann und Frau während der Ehe miteinander kaufen, ſofort pro acquisito zu halten ſey, indem, um dieſes anzunehmen, vorerſt ausgemacht ſeyn müßte, daß beide Eheleute ihr eigenes zuſammen gebrachtes Vermögen noch völlig beiſammen und keine Schulden haben, ſondern *noch etwas übrig behalten, welches eigentlich den acquestum conſtituirt*, quoniam acquestus intelligi non potest, nisi deducto aere alieno.“

Folgender neuere Rechtsfall wurde ganz unmittelbar nach den obigen Grundſätzen von dem Oberappellationsgerichte entſchieden.

Der Mauermeiſter N. zu Caſſel hatte in 3 Ehen gelebt, jedoch nur Kinder aus der erſten hinterlaſſen. Während der 3ten Ehe war ein Wohnhaus auf einem von der Landesherrſchaft zu dieſem Zwecke unentgeltlich eingeräumten Platze erbaut worden, welches die überlebende Wittwe als zur Hälfte ihr *eigenthümlich zugehörig* in Anſpruch nahm; wogegen die Kinder erſter Ehe behaupteten, daß ſolches theils von dem eingebrachten Vermögen ihrer Mutter und der zweiten Ehefrau, theils von dem Erwerbe beider erſten Ehen, erbaut worden ſey, jedenfalls auch die Wittwe nicht eher, bis ſie wegen der Illaten ihrer Mutter und wegen des Erwerbes aus den beiden erſten Ehen befriedigt ſeyn würden, einen Antheil an dem Hauſe begehren könne.

Auf die von der Wittwe N. deshalb angeſtellte Klage ward dieſelbe durch einen Beſcheid des Stadtgerichts zu Caſſel vom 4. Mai 1820 mit dem verlangten Miteigenthume am Hauſe

u) *Decisiones* T. II. p. 248. sqq.

Hauſe, ſoweit ſie ſolches aus einem eheliche Erwerbe ableiten wolle, abgewieſen, ihr jedoch verſtattet, falls ſie auf der Abſonderung eines ſonſtigen ehelichen Erwerbes von der Nachlaſſenſchaft ihres Mannes beſtehen ſollte, deshalb in separato einzukommen; auch ward derſelben der Beweis einer von ihrem Ehemanne geſchehenen Uebertragung des Miteigenthumes an dem befragten Hauſe auf ſie nachgelaſſen.

In der zweiten Inſtanz wird dagegen durch Regierungs-Remiſſorialen vom 19. December 1820 reformatoriſch erkannt, daß der Wittwe das Miteigenthum an dem fraglichen Hauſe zuzuſprechen ſey. Die in dieſem Erkenntniſſe enthaltenen Entſcheidungsgründe waren: daß zwar das Reſultat aller verſchiedenen Rechtsverhältniſſe hinſichtlich des beiderſeitigen Vermögens zweier Ehegatten nach aufgelöster Ehe eine wirkliche Vermehrung des von beiden Seiten eingebrachten Vermögens ſeyn müſſe, inſofern alsdann noch ein Betrag als ehelicher Erwerb in das jedem Theil eigene Vermögen übergehen ſolle; daß jedoch hiervon die Frage ganz verſchieden ſey, welche einzelnen Gegenſtände zum ehelichen Erwerbe gehören, das heißt, an welchen beiden Ehegatten das Eigenthum zuſtehe; daß ſich dieß lediglich nach der Art der Erwerbung während der Ehe richte, und daß alle vermittelſt oneröſer Akquiſitionen, wenn ſie auch nur von einem der Ehegatten vorgenommen worden, ihnen zukommenden Gegenſtände als gemeinſchaftlich anzuſehen ſeyen; daß aber eine donatio sub modo (Schenkung mit Zweckbeſtimmung), als welche in dem Ueberlaſſen des Bauplatzes zum Aufbauen eines Hauſes liege, unter die oneröſen Erwerbungen im weiteren Sinne zu rechnen ſey, mithin das fragliche Wohnhaus, wovon das Eigenthum nach dem an dem Bauplatze zuſtehenden ſich richte, bei der Gemeinſchaftlichkeit dieſes letzteren, beiden Ehegatten gemeinſchaftlich geworden ſey; daß jedoch hierdurch die Appellantin von einer Theilnahme an den Eheſtandsſchulden um ſo weniger befreit werde, als die zum Erwerbe gehörigen Gegenſtände vorzugsweiſe zur Tilgung erſterer verwendet werden müßten.

Das Oberappellationsgericht aber, obwohl die Richtigkeit dieſer Grundſätze an und für ſich nicht verkennend, konnte deren Anwendung auf den Erwerb von Eigenthumsrechten der einzelnen Ehegatten an den zur Errungenſchaft gehörigen Gegenſtänden, und inſonderheit eines Miteigenthums der Ehefrau an denſelben, mit der oben entwickelten Natur des Rechtsverhältniſſes der ehelichen Gütergemeinſchaft nicht vereinbar halten, und ertheilte daher am 13. Febr. 1822 nachſtehendes Erkenntniß:

„In Erwägung, daß es die rechtliche Natur einer jeden Gütergemeinſchaft mit ſich

bringt, daß die dazu gehörigen Gegenſtände nicht jedem einzelnen Ehegatten zu einem gewiſſen Antheile, vielmehr beiden zuſammen, als einer moraliſchen Perſon, zuſtehen;

daß aber von beſtimmten Antheilen der Ehegatten und von einem Uebergange in das privative Eigenthum jedes einzelnen erſt dann die Rede ſeyn kann, wenn nach Auflöſung der Gütergemeinſchaft und vollſtändiger Berichtigung aller ihrer Activ= und Paſſiv=Verhältniſſe eine reine Vermögensmaſſe als Gegenſtand der Vertheilung übrig bleibt;

daß auch dieſe Grundſätze inſonderheit von der particulären Gütergemeinſchaft des ehelichen Erwerbes gelten;

und daß demnach, in der Anwendung auf den vorliegenden Fall, wenn gleich das in Frage ſtehende Haus aus den von der Regierung angeführten Gründen als zum ehelichen Erwerbe mit gehörig anzuſehen iſt,

hierunter jedoch nichts Anderes verſtanden werden kann, als daß ſolches nach der Zeit und Art ſeiner Erwerbung dazu geeignet ſey, in die während der Ehe zwiſchen beiden Ehegatten beſtandene Gütergemeinſchaft überzugehen;

daß gleichwohl an einem ſolchen Gegenſtande kein Ehegatte beſondere Eigenthumsanſprüche rückſichtlich dritter Perſonen geltend zu machen berechtigt iſt, ſo lange nicht durch eine nach Auflöſung der Gütergemeinſchaft vorzunehmende Liquidation davon conſtirt, daß, nach Abzug des von einem jeden Ehegatten Eingebrachten und der auf der Geſammtmaſſe haftenden Schulden, noch ein wirklicher Vermögenszuwachs an ehelichem Erwerbe vorhanden iſt;

daß es demzufolge ſo wenig bei den Remiſſorialen der hieſigen Regierung vom 19. December 1820, welche der Appellatin das Miteigenthum an dem fraglichen Hauſe zuſprechen, als bei dem Stadtgerichts=Beſcheide vom 4. Mai g. J., wodurch derſelben das aus dem ehelichen Erwerbe abgeleitete Miteigenthum ſofort aberkannt, und ein dem hier eintretenden Rechtsverhältniſſe ganz unangemeſſener Beweis vorbehalten wird, ſein Verbleiben behalten kann, vielmehr die von beiden Gerichten noch vorbehaltene Liquidation jedem weiteren Erkenntniſſe vorausgehen muß;

werden die vom Procurator N. gebetenen Appellations=Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß vor Allem eine vollſtändige Berichtigung der Activ= und Paſſiv=Verhältniſſe der N.ſchen Vermögensmaſſe, nach Maaßgabe des vorletzten Entſcheidungsgrundes, vorzunehmen, hierzu das Erforderliche von dem Gerichte erſter Inſtanz einzuleiten, und darauf allenthalben was Rechtens zu erkennen ſey.

IX.

Der überlebende Ehegatte kann, während er noch mit den Kindern in Gemeinſchaft der Güter lebt, über den ihm bei einer künftigen Theilung zufallenden Antheil teſtamentariſch verfügen.

Nach der in der nächſtvorſtehenden Abhandlung auseinandergeſetzten Grundregel, welche als die eigentliche Quelle der für das Rechtsverhältniß der Gütergemeinſchaft entſcheidenden Rechtswahrheiten anzuſehen iſt, könnte man vielleicht glauben, mittelſt folgerechter Anwendung derſelben gerade auf das Gegentheil des obigen Satzes geführt zu werden; denn, wenn das berechtigte Subject für den Gegenſtand der Gütergemeinſchaft die aus beiden Eheleuten beſtehende myſtiſche Perſon iſt; wenn hiernach die Individuen beider Ehegatten nur zuſammem, als eine Perſon gedacht, Rechte an dem Object der Gütergemeinſchaft haben, jeder für ſich aber, und als einzelnes Glied der myſtiſchen Perſon betrachtet, gar keinen Antheil daran hat; wenn ſolchergeſtalt keins der Individuen als Eigenthümer einer Sache angeſehen werden kann, deren Eigenthum zum gemeinſchaftlichen Vermögen gehört, ſo daß alſo dieſes letztere ſelbſt für jeden einzelnen Ehegatten völlig res aliena iſt; ſo ſcheint aus dieſem Allem zu folgen, daß keiner der Ehegatten, der als Individuum gar kein Recht am gemeinen Gute hat, darüber auf den Todesfall disponiren könne, indem dieß ein testamentum de pecunia aliena ſeyn würde. So wenigſtens urtheilt eben derjenige Schriftſteller, welchen ich in der vorhergehenden Erörterung als Begründer jenes Fundamental-Princips nannte, Haſſe in der mehrgedachten Schrift [a]), und nach ſeinem Ideengange würde inſonderheit auch im

a) von der ehelichen Gütergemeinſchaft. §. 38 ff.

Falle der prorogirten Gütergemeinſchaft, wo nur die Kinder an die Stelle des verſtorbenen Ehegatten treten, angenommen werden müſſen, daß dem Ueberlebenden, welcher nun mit den Kindern eine myſtiſche Perſon bildet, eben ſo wenig eine einſeitige Disposition auf den Todesfall geſtattet ſey, da auch in Beziehung auf ihn das ganze gemeinſchaftliche Vermögen als fremde Sache zu betrachten iſt. — Eine genauere Erforſchung der Natur des vorliegenden Rechtsverhältniſſes nach ſeinen rechtlichen und factiſchen Beſtandtheilen wird jedoch ein ganz anderes Reſultat für die Anwendung auf die obige Streitfrage liefern.

Der die ganze Lehre von der Gütergemeinſchaft dirigirende Grundſatz, daß das derſelben unterworfene Vermögen keinem von beiden Ehegatten als Individuum betrachtet, ſondern nur beiden zuſammen, als einer myſtiſchen Perſon, zugehöre, äußert ſeine Wirkungen unbezweifelt darin, daß ſich nach ihm die Art der Berechtigung beider Ehegatten an dem gemeinſchaftlichen Vermögen beſtimmt, daß inſonderheit kein einzelner einen beſtimmten Antheil an dieſem Vermögen als den ſeinigen in Anſpruch nehmen, noch viel weniger an beſtimmten, darunter begriffenen, Gegenſtänden ein eignes Recht behaupten kann, vielmehr das geſammte Vermögen, als ein Ganzes, ſich im Geſammteigenthume beider Ehegatten, als einer moraliſchen Perſon, befindet. Allein viel zu weit würde man gehen, wollte man die Anwendung jenes Grundſatzes bis dahin ausdehnen, daß man die myſtiſche Perſon, welche das Subject der Gütergemeinſchaft ausmacht, als eine dritte, beiden Ehegatten gänzlich fremde, mit ihnen in keinerlei unmittelbarem Rechtsverhältniſſe ſtehende, Perſon anſehen, wenn man dabei gänzlich vergeſſen wollte, daß es ja doch in der That nur allein die beiden Individuen der Ehegatten ſind, welche die myſtiſche Perſon conſtituiren, und daß alles Recht, welches dieſer myſtiſchen Perſon zuſteht, doch nur aus einer ſolidären Vereinigung der Rechte dieſer beiden Individuen entſtanden iſt, welche immerhin und ganz ausſchließend die einzigen Berechtigten, nur nicht nach erkennbaren Antheilen, ſind und bleiben. Eben dieſes iſt es, worin ſich die myſtiſche Perſon der Ehegatten weſentlich von einer universitas unterſcheidet, welchen Unterſchied auch Haſſe[b]) ſelbſt annimmt, ohne jedoch das Eigenthümliche deſſelben klar aufzufaſſen; es liegt dieſes jedoch auch ſchon in dem von ihm angegebenen Grunde der

b) a. a. O. §. 40.

Verſchiedenheit, nemlich der beſchränkten oder unbeſchränkten Dauer des Endzweckes, indem eben die Beſchränkung der Gütergemeinſchaft auf die Dauer der Ehe eine nothwendige Beziehung dieſes Rechtsverhältniſſes auf die darin begriffenen einzelnen Individuen mit ſich bringt. Zu welchen Verirrungen hingegen eine bis zur gänzlichen Verläugnung der einzelnen Ehegatten, als eigentlichen Subjects der myſtiſchen Perſon, getriebene Ausdehnung des obigen Grundſatzes führe, davon giebt eben jener ſo ausgezeichnete Schriftſteller [c]) den deutlichſten Beweis, wenn er nicht nur beide Ehegatten von aller Verbindlichkeit, für die Schulden der myſtiſchen Perſon bei Unzulänglichkeit der Gemeinſchafts-Maſſe perſönlich einzuſtehen, frei ſpricht, ſondern, in übergroßer Conſequenz, endlich ſogar zu dem Reſultate gelangt, daß, weil nach dem Tode eines Ehegatten das gemeinſchaftliche Vermögen nur als Erbmaſſe der myſtiſchen Perſon zu betrachten ſey, eine ſolche aber keine Blutsverwandten, die ſie beerbten, haben könne, hier ein Fall eintrete, wo in Ermangelung von Particularnormen, es an einer geſetzlichen Beſtimmung über die Succeſſion gänzlich fehle, mithin eine Lücke in der Geſetzgebung erſcheine, die der Richter in jedem einzelnen Succeſſionsfalle durch ſeinen Ausſpruch auszufüllen habe! Haſſe ſelbſt befürchtet deßhalb den Vorwurf der Abſurdität, und gewiß iſt wenigſtens, daß dieſe ſeine Lehre nicht viele Anhänger finden werde [d]).

Gehen wir nun aber davon aus, daß zwar das geſammte in der Gütergemeinſchaft begriffene Vermögen der myſtiſchen Perſon beider Ehegatten zugehöre; daß gleichwohl nur dieſe beiden Individuen, welche die myſtiſche Perſon bilden, es ſeyen, denen allein — und Niemanden außer ihnen — das geſammtſchaftliche Recht zuſteht [e]), ſo folgt hieraus zwar 1) daß während der Dauer der Gütergemeinſchaft kein einzelner Ehegatte ſich privative Rechte an irgend einem Gegenſtande derſelben beilegen könne, ja daß es 2) ſogar völlig ungewiß bleibe, ob jemals ir-

c) a. a. O. §. 53. u. 41.

d) Sie ward ſchon öffentlich mißbilligt von dem Recenſenten in den Heidelbergiſchen Jahrbüchern der Literatur für Jurisprudenz vom J. 1809. H. 6. S. 253, wo derſelbe ſehr richtig bemerkt daß es auf dem von Haſſe eingeſchlagenen Wege conſequenter geweſen ſeyn würde, das Vermögen der ehelichen Gütergemeinſchaft als herrnlos dem Fiscus zuzuſprechen!

e) Vergl. a. Eichhorn Einleit. in das deutſche Privatrecht. §. 166.

gend ein Theil des gemeinſchaftlichen Vermögens in das privative Eigenthum der Einzelnen übergehen werde; allein es folgt daraus eben ſo gewiß, daß jeder von beiden Ehegatten auch ſchon während der Gemeinſchaft ein unbezweifeltes und wohlerworbenes, wenn gleich in der gänzlichen Verſchmelzung des Individuellen zum Gemeinſchaftlichen ſeinem Object nach unbeſtimmtes, Recht, etwa vergleichbar einem künftigen, jedoch vollkommen radicirten, Rechte, zuſteht. Wollte man aber gänzlich alle Rückſicht auf das Recht der Individuen durch die Fiction eines ihnen völlig fremden Subjects bei Seite ſetzen, ſo würde man Täuſchung ſtatt Wahrheit erndten, fruchtlos vor ſolcher Argumentation von Juſtinian gewarnt, der in einem ähnlichen (wiewohl juriſtiſch verſchiedenen) Falle von dem der Ehefrau während der Ehe entzogenen Eigenthum des Brautſchatzes in der l. 30. C. *de jure dotium* ſo treffend ſagt: non enim, quod legum subtilitate transitus earum rerum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo *rei veritas* deleta vel confusa est. Und überdieß iſt es hier nur die Subtilität der Doctrin, nicht der Geſetze!

Alſo beiden Ehegatten, als Individuen betrachtet, oder einem jeden von beiden Ehegatten für ſich, ſtehen wirklich ſchon während der Gemeinſchaft gewiſſe Rechte an dem Gegenſtande derſelben im Allgemeinen zu; das dürfte wohl für unzweifelhaft zu halten, unter dieſer Vorausſetzung aber als die eigentliche Grundlage der rechtlichen Beurtheilung der vorliegenden Streitfrage anzuſehen ſeyn.

Nachdem nämlich die Grundſätze des reinen vaterländiſchen Rechtes in ganz Teutſchland durch die Einführung des römiſchen dergeſtalt zurückgedrängt worden ſind, daß ſie, im Verhältniſſe zu dieſem, welches dermalen als gemeines Recht in Teutſchland gilt, nur noch ausnahmsweiſe zur Anwendung kommen, und ſelbſt, wo dieſes der Fall iſt, ſich doch nirgends frei von der Einmiſchung des römiſchen Rechts haben erhalten können [f]), und nachdem inſonderheit auch die den alten Teutſchen völlig unbekannte Teſtamentifaction durch Einführung der fremden Rechte zur Regel geworden, und nunmehr die Gültigkeit eines Teſtaments im Allgemeinen lediglich nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts zu beurtheilen iſt [g]);

f) Böhmer exercit. ad Pand. T. IV. ex. 74. cap. 2. §. 2.

g) Heineccius elem. jur. germ. T. I. Lib. 2. §. 189. Eichhorn a. a. O. §. 348.

ſeitdem geht es auch nicht mehr an, die Frage, ob Jemand befugt ſey, ſeinen künftigen Nachlaß durch einen letzten Willen zu ordnen, ſchon um deßwillen ganz zu verneinen, weil ſeine Vermögensverhältniſſe im Ganzen auf einem dem teutſchen Rechte angehörigen Inſtitute beruhen; man muß vielmehr annehmen, daß in der Regel einem Jeden ohne Unterſchied die dem römiſchen Rechte eigenthümliche Begünſtigung der Teſtamentifaction zu Theil werde, und hierin das Zuſammentreffen mit teutſchrechtlichen Inſtituten nur einzelne Beſchränkungen erzeuge [h]). Nach dem römiſchen Rechte kann man nun über alles Dasjenige teſtiren, woran man eigene Rechte, von welcher Art ſie auch ſeyen, hat, und die erwähnten Beſchränkungen des teutſchen Rechts können daher im Allgemeinen, und ſofern ſie nicht auf particularrechtlichen Beſtimmungen beruhen, nur davon herrühren, daß an dem Gegenſtande der teſtamentariſchen Dispoſition, vermöge der rechtlichen Beſchaffenheit deſſelben, zugleich einem Dritten ſolche Rechte zuſtehen, die demſelben auf den Todesfall des Disponenten nicht durch einſeitige Verfügung entzogen werden können, daß alſo, mit anderen Worten, die Rechte des Disponenten an dieſem Gegenſtande auf deſſen eignes Leben und perſönliche Benutzung eingeſchränkt ſind, wie davon Stammgüter und Lehen als Beiſpiel dienen können.

Hiernach aber kommt es bei der gegenwärtigen Streitfrage nur allein noch darauf an: ob die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem gemeinſchaftlichen Vermögen von ſolcher Beſchaffenheit ſind, daß ſie mit deſſen eignem Leben erlöſchen, indem den in der Gemeinſchaft gebliebenen Kindern ſchon vermöge dieſer Gemeinſchaft ein ius quaesitum auf Beibehaltung des ganzen Vermögens zuſteht? — Und dieſe Frage iſt durchaus zu verneinen. Wollte man auch annehmen, daß während der Ehe keiner der Ehegatten ein ſeiner einſeitigen Dispoſition, ſelbſt nicht auf den Todesfall, unterworfenes Recht an dem gemeinſchaftlichen Vermögen habe, ſo läßt ſich dieſes wohl dadurch erklären, daß, wenn keine Kinder vorhanden ſind, dem anderen Ehegatten ein ſchon begründetes Succeſſions- und Conſolidations-Recht zuſteht, wenn aber Kinder da ſind, dieſe unmittelbar an die Stelle des Verſtorbenen in die Gemeinſchaft treten; dahingegen nach Auflöſung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten für die nun eintretende ſogenannte, oder, wie

h) Selchow elem. jur. german. priv. §. 520.

Mittermaier[i]) ſie nennt, angebliche, communio prorogata ein ganz anderes Verhältniß ſtatt findet.

Das eigenthümliche Weſen der Gütergemeinſchaft bindet deren rechtliche Exiſtenz weſentlich an die Dauer der ehelichen Verbindung; eine gleichartige Fortſetzung derſelben nach der Ehe iſt mit dieſem innern Weſen unverträglich; es bildet ſich daraus, wo ſie particularrechtlich eingeführt iſt, ein ganz neues Inſtitut, nach der gewöhlichen Meinung durch mißverſtandene Einmiſchung der römiſchen Doctrin vom Repräſentationsrechte begründet[k]), wovon die natürliche Folge iſt, daß bei dieſer neuen Gemeinſchaft nur der überlebende Ehegatte jure communionis, die Kinder aber jure successionis, an dem Vermögen Theil nehmen[l]). Nimmt man aber dieſes an, ſo iſt es klar, daß bei ſolcher Verſchiedenheit des Rechtstitels, worauf dieſe Fortſetzung der Gütergemeinſchaft beruhet, hieraus kein anderes Verhältniß, als das einer gewöhnlichen Societät, hervorgehen kann; non secus, ac jure communi, quando praemorientis socii heredes cum vivo socio res communes indivisas retinent, inter eos societas continuata censetur[m]). Bei dem gemeinrechtlichen Societätsverhältniſſe aber fällt nothwendig die Idee einer myſtiſchen Perſon in dem obigen Sinne gänzlich hinweg, und es bilden nur die einzelnen socii, als getrennte Theilhaber einer gemeinſchaftlichen Vermögensmaſſe, das Subject derſelben, deren keinem ein Anſpruch auf den Antheil des anderen competirt, vielmehr jedem über den ſeinigen, ſey es unter Lebenden oder auf den Todesfall, frei zu disponiren unbenommen iſt, wenn gleich dieſer Antheil, ſeinem ſpeciellen Gegenſtande und Betrage nach, erſt durch die künftige Auseinanderſetzung ſeine Beſtimmung erhält.

Nun iſt zwar hierbei nicht zu überſehen, daß Haſſe jene Anſicht von der prorogirten Gütergemeinſchaft für ganz unverträglich mit dem von ihm berichtigten Begriffe

i) Lehrb. d. deutſchen Privatrechts. §. 475.

k) Scherer a. a. O. Th. I. §. 131. Danz Handb. d. deutſch. Privatr. Th. VI. §. 608.

l) Böhmer exerc. ad Pand. T. IV. ex. 70. §. 22.

m) Mevius ad jus lubecense. Lib. II. tit. 2. art. 8. n. 9.

Begriffe dieſes Inſtituts erklärt, und es läßt ſich die logiſche Conſequenz dieſer Behauptung nicht verkennen; allein nirgends weniger, als im teutſchen Rechte, geht es an, daß wir einen allgemeinen Rechtsbegriff, ohne Rückſicht darauf, wie ſich deſſen Anwendung im Laufe der Zeit, vielleicht ganz fehlerhaft, geſtaltet hat, in ſeiner urſprünglichen Reinheit feſthalten und daraus a priori deduciren; damit erhalten wir ein Recht, wie es ſeyn ſollte, nicht wie es wirklich iſt. Nun führt aber Haſſe [n]) ſelbſt an, daß eine große Menge der neueren Statuten — und man könnte vielleicht ſagen: alle — eben jene „falſche Doctrin in ihrer ganzen Inconſequenz“ (wie er ſich ausdrückt) offenbar zum Grunde gelegt haben, indem ſie eine Communion mit ideellen Theilen zwiſchen dem Nachlebenden und den Kindern unterſtellen, wofür er nur beiſpielsweiſe das Lippeſche, Verdenſche, Bremenſche, Hadelnſche, Solmſiſche, und ſogar das Lübiſche Recht, als eines der älteſten und von dem Einfluſſe des römiſchen Rechtes am wenigſten modificirten, deſſen Gültigkeit bekanntlich ſehr weit verbreitet war, nennt. Es ſind gleichwohl, wo es auf Beſtimmung der rechtlichen Natur eines vaterländiſchen Inſtitutes ankommt, dieſe Statuten, in Ermangelung eines allgemeinen teutſchen Privatrechts [o]), die ſicherſte und faſt einzige Quelle, aus der wir ſchöpfen können, zumal bei einem Inſtitut, das, wie Haſſe von der communio prorogata ſelbſt zugiebt, nicht präſumirt oder als gemeines Recht aufgeſtellt werden kann.

Wenn man ſich aber auch von den römiſchrechtlichen Formen, in welchen die älteren Rechtsgelehrten bei der Bearbeitnng rein-teutſchrechtlicher Inſtitute nur allzuſehr befangen waren, gänzlich losſagt, ſo findet man doch ſelbſt bei den neueſten Schriftſtellern, deren gründlich-hiſtoriſchen Forſchungen unſere Wiſſenſchaft einen ſo reichen Gewinn an ächtvaterländiſchem Rechte verdankt, eine mit dem Reſultate der obigen Ausführung übereinſtimmende Anſicht. So wird von Mittermaier [p]) die dieſer Ausführung weſentlich zum Grunde gelegte Vorausſetzung, daß die prorogirte Gütergemeinſchaft keine eigentliche Fortſetzung des vorher beſtandenen Ge-

n) a. a. O. §. 21. Not. 3.

o) Hufeland Beiträge zur Berichtigung der poſitiven Rechtswiſſenſchaft St. I. Abh. 3. — S. jedoch unten S. 120 ff.

p) Beiträge zur Geſchichte der ehelichen Gütergemeinſchaft; in v. Savigny Zeitſchr. f. geſch. Rechtswiſſenſchaft. B. II. S. 318.

ſammteigenthums ſey, vielmehr die Rechte des überlebenden Ehegatten und der Kinder nur ideelle Theile des gemeinſchaftlichen Vermögens zum Gegenſtande haben, vollkommen beſtätigt, indem derſelbe, allerdings zwar mit Beſeitigung ſowohl des Princips der römiſchrechtlichen Repräſentation, als der teutſchen Conſolidation, die Anſprüche des überlebenden Ehegatten und der Kinder auf ein wahres Erbrecht oder wenigſtens Succeſſionsrecht zurückführt, und von erſterem ausdrücklich ſagt, daß eine eigentliche Fortſetzung der bisherigen Gemeinſchaft ſchon um deßwillen undenkbar ſey, weil der Grund des bisherigen Antheils des Ueberlebenden, der als Ehegatte ſeinen Anſpruch hatte, nun aufhöre, da er nach getrennter Ehe auch nicht mehr Ehegatte ſey, daher er unter dem bisherigen Titel das Vermögen nicht mehr haben könne, ſondern einen neuen Anſpruchstitel nachweiſen müſſe, welcher kein anderer, als das Succeſſionsrecht, ſey; welches ſodann auch namentlich auf den Fall, wo nach der gewöhnlichen Meinung eine communio prorogata seu continuata ſtatt findet, angewendet wird. — Und gleichergeſtalt giebt es Eichhorn [q]) als eine der wichtigſten Modificationen, welche das Rechtsverhältniß der Gütergemeinſchaft durch den Tod eines der Ehegatten erleide, an, daß in der Regel ſchon bei Trennung der Ehe ideelle Theile für den Ueberlebenden und die Kinder entſtehen.

Doch ſelbſt, wenn man von dem Begriffe einer myſtiſchen Perſon und deren Fortdauer bei der prorogirten Gütergemeinſchaft ausgehen wollte, findet ſich doch immer noch eine ſehr wesentliche Verſchiedenheit dieſes Falles von dem der Gemeinſchaft während der Ehe darin, daß nach dem Tode des einen Ehegatten dem überlebenden das freiwillige Heraustreten aus der Gemeinſchaft durch Abſchichtung mit den Kindern in der Regel geſtattet iſt, und er dadurch ſeinen Antheil an beſtimmten Gegenſtänden zu völlig freier Diſpoſition erhält, ja, daß alsdann ſogar, wenn derſelbe zur zweiten Ehe ſchreitet, eine ſolche Theilung ipso jure eintritt. Wie ließe ſich das mit der Behauptung vereinigen, daß dem Ueberlebenden noch gar kein individuelles Recht an einem ideellen Theile des ganzen Vermögens erworben ſey? und auf welchem Grunde ſollte es beruhen, daß, unter ſolcher Vorausſetzung, derſelbe nun auf einmal durch ſeinen einſeitigen Willen oder durch eine gar nicht begünſtigte Hand-

q) a. a. O. §. 307.

lung ſich ſelbſt ein Recht beizulegen, und folgerungsweiſe den Kindern zu entziehen vermöchte, welches ihm vorher nicht zuſtand; und worauf dieſe, als Mitglieder der myſtiſchen Perſon, einen wohlbegründeten Anſpruch hatten. Die Vorausſetzung eines Rechts auf Abſchichtung oder Theilung des noch im Geſammteigenthume der myſtiſchen Perſon befindlichen Vermögens iſt vielmehr durchaus unzertrennlich von dem Daſeyn eines neben der myſtiſchen Perſon individuell berechtigten Subjects; der überlebende Ehegatte, welcher ſein Recht auf Abſchichtung geltend macht, handelt als Individuum, der myſtiſchen Perſon gegenüber; es erſcheint alſo hier ein perſönliches Recht deſſelben ſchon begründet zu der Zeit, wo noch die Gemeinſchaft in der myſtiſchen Perſon ſämmtlicher Genoſſen beſteht; dieß individuelle Recht — das Recht auf Theilung, welches dem überlebenden Ehegatten vom Todestage des Erſtverſtorbenen an zuſteht, und durch die Abſchichtung nur zur wirklichen Ausübung kommt (erläuterungsweiſe denke man hierbei nur an das römiſche dies cessit und dies venit) — dieſes individuelle Recht auf Theilung, welches eſſentiell das Recht auf das künftige Ergebniß der Theilung in ſich faßt, gehört zum Patrimonium des überlebenden Ehegatten, iſt Beſtandtheil ſeines privativen Vermögens, und in dieſer Eigenſchaft ſeiner freien Verfügung unterworfen; er kann alſo darüber, mithin über ſeinen künftigen Antheil an dem gemeinſchaftlichen Vermögen, inſonderheit auch auf den Todesfall gültig disponiren.

Dieſe Folgerung erſcheint demnach auf theoretiſchem Wege in aller Hinſicht wohlbegründet, und leidet um ſo weniger einigen Zweifel, wenn man mit Eichhorn [r]) annimmt, daß gewöhnlich bei der particulären Gütergemeinſchaft ſogar während der Ehe die Frau über ihren Antheil an der Errungenſchaft letztwillig verfügen könne, wie namentlich die Frankfurter Reformation ausdrücklich geſtattet; auch ſind diejenigen Schriftſteller, welche im Allgemeinen die Teſtamentifaction mit der Natur der Gütergemeinſchaft unverträglich halten, doch in der beſonderen Anwendung auf die prorogirte Gütergemeinſchaft mit dem obigen Grundſatze einverſtanden. Ganz ausdrücklich Scherer [s]) in Beziehung auf 10 verſchiedene Land-

r) a. a. O. §. 310.

s) a. a. O. Th. I. §. 140.

und Stadtrechte; ſodann folgerungsweiſe auch Danz [t]), indem er nur keine bösslicher Weiſe zum Nachtheil der Kinder gereichende Disposition geſtattet, und Lange [u]), indem er als Grund der einem einzelnen Ehegatten während der Ehe untersagten Teſtamentifaction lediglich dieſes anführt, daß der andere nicht des ſchon während der Communion gehabten und wohlerlangten dominii pro arbitrio praemortui wieder entſetzt werden könne, welcher Grund auf den überlebenden Ehegatten offenbar nicht mehr paßt, und daher auf die gegentheilige Befugniß deſſelben ſchließen läßt. Vorzüglich bemerkenswerth ſind aber mehrere Entſcheidungen practiſcher Fälle; namentlich bei Struben [v]), welcher inſonderheit daraus, daß die überlebende Ehefrau, wenn ſie zur zweiten Ehe ſchreitet, alsdann die Halbſchied als privatives Eigenthum erhält, ganz richtig folgert, daß einer Mutter, welche im Wittwenſtande verbleibt, kein geringeres Recht zuſtehe, daher ſie ihren Erbantheil nach Willkühr Jemanden vermachen könne; womit auch Cramer [w]) übereinſtimmt, indem er von der Vorausſetzung ausgeht, daß der überlebenden Ehefrau facultas testandi, de ea portione, quam retineret, si ad secunda vota transiret, zuſtehe. Sodann ein Reſponſum der Juriſtenfacultät zu Erfurt, welches recht ex professo den Grundſatz ausführt, daß „an Orten, wo die communio bonorum inter conjuges hergebracht, bevorab wo kraft obhandener Statuten der überlebende Ehegatte mit den Kindern abzutheilen und ſeinen Antheil aus den geſammten Gütern zu nehmen befugt iſt, die facultas testandi nicht ſchlechterdings, ſondern nur, ſoviel den den Kindern in divisione zukommenden Antheil betrifft, abzuſprechen, folglich auf den Fall, da die Gemeinſchaft durch deſſen nunmehr auch erfolgenden Tod gänzlich aufgehoben wird, wegen ſeines ſtatuten- und ſchichtmäßigen Theils zu teſtiren verſtattet, und ſolchen, wohin er auch will, salva liberorum legitima, zu verwenden vergönnt bleibe [x])“ Eine ähnliche Entſcheidung findet man bei Lynker [y]), welcher zu-

t) a. a. O. Th. VI. §. 608. N. V.

u) a. a. O. S. 178 ff.

v) rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 155.

w) observ. jur. univ. T. VI. obs. 1405. §. 6. Der daſelbſt vorkommende Fall findet ſich auch in Ludolf symphorema consult. for. T. III. P. I. dec. 26. qu. 5.

x) Schorch consilia erfordiensia. T. I. P. II. resp. 336.

y) responsa. Vol. II. resp. 138.

gleich mehrere ältere Schriftſteller anführt. In wiſſenſchaftlicher Hinſicht noch intereſſanter iſt aber eine Entſcheidung der K. Preußiſchen Geſetzcommiſſion vom 4. Apr. 1789, alſo von einer Zeit, wo das Landrecht noch nicht eingeführt war; dieſe Entſcheidung erfolgte auf eine Anfrage der Regierung zu Minden, worin beiderſeitige Meinungen vorgetragen worden, dahin: „daß ein überlebender Ehegatte, welcher mit ſeinen Kindern in fortgeſetzter Gemeinſchaft der Güter lebet, nur Befugniß habe, über ſeine Hälfte des gemeinſchaftlichen Vermögens dergeſtalt mortis causa zu disponiren, daß den Kindern der ihnen in dieſer Hälfte zuſtehende Pflichttheil nicht verletzt werde.“ [z]) — Eine die gegenwärtige Streitfrage ſpeciell zum Gegenſtande habende Abhandlung von *Buchholz* an et quatenus parenti superstiti in communione bonorum universali cum liberis continuata testari liceat? Giess. 1772, habe ich mir nicht zur Einſicht verſchaffen können, doch führt Müller in ſeinem Promptuarium *) als Reſultat derſelben an: conjugem superstitem „de rata sua testari posse etiam ante separationem, hanc vero ratam secundum tempus, quo parens obiit, dijudicandam esse!“ — Ein gegentheilig entſchiedener Fall findet ſich zwar in den Meditationen der Gebrüder Overbeck **); allein deſſen Entſcheidungsgrund iſt lediglich auf den ſpeciellen Inhalt einer lippiſchen Verordnung gegründet, vermöge welcher dem Ueberlebenden ausdrücklich nur, nachdem er eine gehörige Schichtung mit den Kindern vorgenommen hat, über ſeine Hälfte teſtamentariſch zu verfügen geſtattet iſt [a]).

Die Anwendbarkeit der bisher vorgetragenen Grundſätze auf Kurheſſen leidet, inſofern daſelbſt das Inſtitut der prorogirten Gütergemeinſchaft eingeführt iſt, wohl keinen Zweifel, da dieſelben auf der Natur dieſes Rechtsverhältniſſes im Allgemeinen beruhen. Es kommt aber jenes Inſtitut nicht bloß in den altheſſiſchen Provinzen, bei der daſelbſt geltenden particulären Gütergemeinſchaft des Erwerbes, vor,

z) Klein Annalen der Geſetzgebung. B. IV. S. 224.

*) T. II. p. 46,

**) Th. VIII. Med. 410.

a) Ebendaſ. Th. V. Med. 298. S. 178.

wie das Regierungs-Ausſchreiben vom 24. Novemb. 1804 [b]) klar ergiebt, indem darin beſtimmt wird, daß, wenn bei Bürgern oder Bauern das Handwerk oder die Landwirthſchaft nach des Vaters Tode fortgeſetzt wird, dasjenige, was dadurch er- oder verrungen wird, zur einen Hälfte der Mutter, zur anderen aber ſämmtlichen Kindern, die bei einer ſolchen communio prorogata an des Vaters Stelle treten, zum Nutzen oder respective Schaden kommen ſolle; ſondern es iſt dieſelbe auch in der Grafſchaft Schaumburg, wo zufolge der Oberappellationsgerichts-Deciſionen [c]), und älterer Erkenntniſſe aus der erſten Hälfte des vorigen Jahrhunderts [d]), ebenfalls die Gütergemeinſchaft des Erwerbes ſtatt findet [e]), für geſetzlich eingeführt durch die daſige Polizeiordnung von 1615 zu halten. Minder klar iſt dieſes in Anſehung des Füſtenthums Hanau, wo die Solmſiſche Landordnung gilt, in welcher Th. II. Tit. 28. §. 6, der überlebenden Ehefrau ein lebenslänglicher Beiſitz an ſämmtlichen Gütern gegen Erziehung der Kinder zugeſtanden wird; und noch weniger dürfte in dem Großherzogthum Fulda, obwohl daſelbſt allgemeine Gütergemeinſchaft gilt, eine communio prorogata angenommen werden können, da nach einer Verordnung von 1719 der Vater oder Mutter während des Wittwenſtandes, ſich das Ganze zueignet und damit als dem Seinigen ſchaltet und waltet, ohne daß von einem Nutzen der Kinder an des Verſtorbenen Verlaſſenſchaft die Rede ſeyn könnte *).

Ein bei dem Oberappellationsgerichte neuerlich zur Entſcheidung gekommener Fall hatte ſich namentlich in der Grafſchaft Schaumburg ereignet, und ſtand mithin unter der unmittelbaren Einwirkung des daſigen Particularrechts, inſonderheit der ſchon erwähnten Polizeiordnung. Die hier einſchlagenden Beſtimmungen dieſer

b) Samml. d. Landesordn. B. VIII. S 214. Eine nähere Erläuterung dieſes Ausſchreibens wird in einem der künftigen Aufſätze mitgetheilt werden.

c) *Decisiones* T. II. dec. 322. p. 694. T. III. dec. 155. p. 519.

d) Pestel diss. de successione inter conjuges ab intestato. Rint. 1745. Cap. 2. §. 6.

e) Zu einer ſpeciellen Ausführung dieſes allerdings nicht unzweifelhaften Rechtsverhältniſſes, mit Rückſicht auf Pestel l. c. und Wiederhold von der Succeſſion der Ehegatten nach Schaumburgiſchem Rechte. Rint. 1803, werden einige neuere Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes demnächſt Veranlaſſung geben.

*) Thomas Syſt. d. fuldiſchen Privatrechte. Th. II. §. 317.

Verordnung ſind folgende: Die alte Gewohnheit, vermöge deren beim kinderloſen Abſterben eines Ehegatten, nachdem die Ehe Jahr und Tag gedauert, der Ueberlebende jenem in allen Gütern, mit Ausnahme gewiſſer Gegenſtände, ſuccedirt, iſt beſtätigt; doch ſoll es jedem der beiden Ehegatten unbenommen ſeyn, über den dritten Theil ſämmtlicher Güter einſeitig zu teſtiren; dagegen hat ein Ehegatte des anderen Schulden, welche während der Ehe gemacht und vor der Obrigkeit mit Bewilligung der Frau öffentlich zugeſchrieben ſind, zu bezahlen. Sind bei dem Abſterben eines Ehegatten Kinder vorhanden, ſo kann, wenn es die Frau iſt, ſo wenig der Mann genöthigt werden, bei ſeinem Leben, ſo lange er Wittwer bleibt und die Güter wohl verwaltet, dieſe mit den Kindern zu theilen, als auch, wenn der Mann ſtirbt, die Frau, unter gleichen Vorausſetzungen, zu ſolcher Theilung ſchuldig iſt; in dem Falle insbeſondere, wo die Wittwe zur zweiten Ehe ſchreitet, geſchieht die Theilung auf die Weiſe, daß, wenn 2 oder mehr Kinder am Leben ſind, das Gut in 3 gleiche Theile geſetzt wird, wovon die Mutter den einen, die Kinder die 2 übrigen Theile empfangen; wenn aber nur 1 Kind vorhanden iſt, das Gut halb an die Mutter und halb an das Kind fällt [f]). Was nun nach dieſer Verordnung dem längſtlebenden Ehegatten aus des erſtverſtorbenen Gütern gebührt, ſoll keinem derſelben, im Teſtament oder anderen letzten Willen zu verwenden oder zu vermindern, geſtattet ſeyn [g]). — Dieſemnach iſt die ſchaumburgſche Polizeiordnung den obigen Grundſätzen ſo wenig entgegen, daß ſie dieſelben vielmehr in mehrfacher Hinſicht beſtätigt. Vorerſt iſt es klar, daß dieſe Verordnung zu den neuern, unter dem Einfluſſe des römiſchen Rechts abgefaßten, Statuten gehöre, in welchen man, nach Eichhorn [h]), auch die Gütergemeinſchaft nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts von der Gemeinſchaft beurtheilte. Dieß, und daß inſonderheit auch die römiſchrechtliche Begünſtigung der Teſtamentifaction nicht ohne weſentliche Einwirkung geblieben, zeigt ſchon die ſogar während der beſtehenden Gütergemeinſchaft und für den kinderloſen Fall, wo doch die Sonderung des Individuums von der myſtiſchen Perſon am allerwenigſten mit dem Grundbegriffe dieſes Rechtsverhältniſſes verträglich ſcheint, jedem einzelnen Ehegatten ertheilte Befugniß, ein=

f) Cap. XIV. Ausg. v. Rottmann. Rinteln 1717. S. 149 = 153.

g) Cap. XVIII. a. E. S. 196.

h) deutſche Staats= und Rechtsgeſchichte. Th. III. §. 453.

ſeitig über $\frac{1}{3}$ der ſämmtlichen Güter nach Gefallen zu teſtiren. Sodann gehört unmittelbar hierher die Verfügung, daß die überlebende Ehefrau nicht ſchuldig — alſo doch berechtigt ſey, mit ihren Kindern zu theilen, und daß dieſes im Falle der zweiten Ehe nothwendig geſchehen ſoll; wobei es ganz vorzüglich beachtet zu werden verdient, daß bei einer ſolchen Theilung das Gemeingut nicht, wie aus der reinen Fortſetzung der zwiſchen den Ehegatten beſtandenen Gemeinſchaft folgen würde, in 2 Hälften durchſchnitten wird, auch nicht, wie, wenn man alle einzelnen Kinder nebſt ihrer Mutter als Beſtandtheile der myſtiſchen Perſon anſehen wollte, doch geſchehen müßte, nach Virilportionen, ſondern nach dem ganz willkürlichen Princip der bloß zufälligen Verſchiedenheit der Kinderzahl bald zur Hälfte, bald zu $\frac{1}{3}$ oder $\frac{2}{3}$, vertheilt wird. Es gehört endlich hierher auch das ausdrückliche Verbot, Dasjenige, was dem längſtlebenden Ehegatten vermöge dieſer Ordnung gebührt, demſelben durch Teſtament einſeitig zu entziehen, indem hieraus, mit Rückſicht auf die obigen Beſtimmungen, allerdings der Gegenſatz zu folgern ſeyn dürfte, daß die Teſtamentifaction über das, was durch die Auflöſung der Ehe dem Ueberlebenden als ſein Antheil, wenn gleich pro indiviso, zugefallen iſt, und deſſen actuelle Anweiſung auf ſein Begehren oder im Falle der zweiten Ehe ſofort erfolgen muß, demſelben nicht benommen ſey. So argumentirt auch Peſtel [i]), deſſen Anſichten über Gegenſtände des ſchaumburgſchen Rechts man ſtets bei dem Oberappellationsgerichte, wie die gedruckten Deciſionen zeigen, eine gewiſſe Autorität beigelegt hat, indem er ſagt: quid autem si (mater vidua) usque ad vitae finem in bonis indivisis remanserit, an de portione per divisionem ipsi obventura valide testabitur? Mihi quidem duplex beneficium hic viduae tribui videtur, nihilque rationis esse arbitror, cur, neglecta reali bonorum divisione, juri partis lege ipsi praestitutae renunciasse censeatur?

Die bisher auseinander geſetzten, ſowohl gemeinrechtlichen, als particularrechtlichen, Grundſätze wurden in nachſtehendem Rechtsfalle wirklich zur Anwendung gebracht.

i) l. c. Cap. 2. §. 7.

Der Kaufmann E. und deſſen Eheſrau zu Rinteln hatten in ihren im Jahre 1764 abgeſchloſſenen Ehepacten verabredet, daß der Längſtlebende des zuerſt mit Tode abgehenden Erbe ſeyn ſolle. Nachdem in dieſer Ehe 5 Kinder erzeugt worden, ſtirbt der Ehemann, und nunmehr errichtet im Jahre 1812 die Wittwe eine letzte Willensverfügung, wodurch ſie zwar ihre Kinder zu Erben ernennt, jedoch die von den 3 älteſten Söhnen zu conferirenden Beträge feſtſetzt, auch den beiden andern Kindern Prälegate vermacht, und dem jüngſten Sohne Haus und Garten für eine beſtimmte zu conferirende Summe zuweiſ't.

Nach dem Tode der Teſtirerin greifen die 3 älteſten Söhne dieſen letzten Willen als für ſie unverbindlich an, weil derſelbe gegen die Ehepacten angehe, und den bei der Gütergemeinſchaft geltenden Grundſätzen, nach welchem es keinem der Ehegatten erlaubt ſey, ohne Wiſſen und Willen des anderen über das Object derſelben zu disponiren, widerſpreche.

Die Verklagten vertheidigen dagegen die Gültigkeit des Teſtaments, weil 1) ihrer Mutter von dem ganzen zu vertheilenden Vermögen, welches von beiden Eltern in der Ehe erworben ſey, nicht nur die Hälfte als ehelicher Erwerb, ſondern außerdem noch die portio statutaria mit $\frac{1}{3}$, als unbeſchränktes Eigenthum gebühre, daher ſie über beides ein unbedingtes Dispoſitionsrecht gehabt habe; 2) in der Polizeiordnung nur die letztwillige Verfügung über den Antheil des andern Ehegatten, nicht auch über den eignen, und inſonderheit über dasjenige, was der Mutter bei einer künftigen Vertheilung zufalle, verboten ſey; 3) die Ehegatten noch weniger bei der nach des einen Tode vorzunehmenden Vertheilung unter den Kindern beſchränkt ſeyen, wenn dieſen nur der Pflichttheil unverletzt verbleibe; endlich 4) ſelbſt eine fremde Sache Gegenſtand eines Legats ſeyn könne.

Hierauf wird in erſter Inſtanz erkannt, daß das befragte Teſtament für zu Recht beſtändig und allenthalben gültig zu achten, mithin die Kläger mit der erhobenen Klage lediglich abzuweiſen ſeyen; dieß Erkenntniß auch auf die Apellation der Kläger von der Regierung zu Rinteln aus nachſtehenden Erwägungsgründen beſtätigt: „daß nach dem Cap. XIV. der ſchaumburgſchen Polizeiordnung auf die überlebende Eheſrau, wenn aus der Ehe zwei oder mehrere Kinder vorhanden ſind, der dritte Theil des gemeinſchaftlichen Vermögens übergeht, auch derſelben, wenn ſie mit ihrem Ehemanne gemeinſchaftliche Handthierung getrieben, die Hälfte des ehelichen Erwerbs gebührt; [k]) — daß ſodann auch, nach dem Cap. XVIII. der

k) *Decisiones.* T. II. dec. 322. n. 13.

ſchaumburgiſchen Polizeiordnung, nur ein Ehegatte den Antheil des Andern an dem gemeinſchaftlichen Vermögen durch eine letztwillige Dispoſition nicht ſchmälern ſoll; — daß jedoch die überlebende Ehefrau über den ihr bei der künftigen Theilung des Vermögens zufallenden Antheil des bis zu ihrem Tode im Beſitz gehabten gemeinſchaftlichen Gutes ſelbſt durch ein Teſtament zu disponiren befugt iſt [l]); — daß außerdem aber auch die Erblaſſerin, die verſtorbene gemeinſchaftliche Mutter der Appellanten und Appellaten, nach dem Ableben ihres Ehemannes nur eine Vertheilung des Vermögens unter ihre Kinder vorgenommen hat, und hierbei wohl berechtigt war, dem einen Kinde mehr, als dem andern, von dem gemeinſchaftlichen Vermögen zuzuwenden, da ſie durch die fragliche letzte Willensbeſtimmung keines ihrer Kinder in dem Pflichttheile verletzt hat [m]); — daß ohnedem die Appellanten, auch ſelbſt in Ermangelung eines Teſtaments, doch auf jeden Fall ſich das auf ihren Erbtheil bereits Erhaltene in Zurechnung bringen laſſen müßten [n]), durch die ausgeſetzten Legate aber der Pflichttheil der Appellanten nicht geſchmälert worden iſt.“

Bei dem Oberappellationsgerichte, an welches hierauf die Kläger die weitere Berufung ergriffen, ward hauptſächlich geltend gemacht, daß in dem vorliegenden Falle die Grundſätze von der allgemeinen, und zwar prorogirten, Gütergemeinſchaft einträten, mithin die Qualität eines beſtehenden Geſammtvermögens (pro indiviso) in Betracht komme, vermöge dieſer aber nach dem Ableben des Mannes die Ehefrau, ſo lange ſie nicht mit den Kindern geſchichtet, und dadurch einen rein disponiblen eigenthümlichen Vermögenstheil erhalten habe, über das objectum communionis prorogatae einſeitig per modum testamenti nicht verfügen könne [o]). Auch hielte man dieſen Rechtsgrund, mit Rückſicht auf Haſſe's oben mitgetheilte Darſtellungsweiſe, inſofern nicht für ganz unerheblich, weil hiernach die Ehefrau für ſich betrachtet, ſo lange gar nichts Eigenthümliches habe, als ihr nicht von dem Vermögen, welches gar nicht ihr, ſondern der moraliſchen Perſon beider Eheleute gehöre, der ihr gebührende Theil wirklich zugewieſen ſey, welches gleichwohl erſt durch die Abſchichtung geſchehe, bis zu welcher das Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu dem gemeinſchaftlichen Vermögen ganz unverändert bleibe, wie es während der Ehe geweſen. Das Oberappellationsgericht

l) Pestel l. c.

m) *Decisiones.* l. c. nr. 14.

n) Stryck de successione ab intestato, Cap. 3. §. 7.

o) wobei ſich auf Wiederhold von der Succeſſion der Ehegatten nach ſchaumburgſchem Rechte §. 4. Nr. 1. bezogen wurde.

entſchied ſich indeſſen doch für die gegentheilige Anſicht mittelſt nachſtehenden am 26. October 1822 erlaſſenen Abſchlags-Decrets:

„In Erwägung, daß, nach der übereinſtimmenden Angabe beider Theile das ſämmtliche Vermögen, worüber die mütterliche Dispoſition verfügt, während der Ehe der Eltern der Partheien erworben iſt, mithin gegenwärtig, da es ſich lediglich von den Rechten an dem Object der Communion handelt, die Wahrheit der appellantiſchen Behauptung, daß im Schaumburgiſchen allgemeine Gütergemeinſchaft gelte, einer Unterſuchung nicht bedarf;

daß nun, wenn auch während der Ehe keiner der Ehegatten einen Anſpruch auf einen ideellen Theil des Objects der Gütergemeinſchaft begründen, und daher auch nicht darüber letztwillig verfügen kann, dennoch dieſes Verhältniß durch den Tod eines der Ehegatten hinſichtlich des überlebenden und der in der Ehe erzeugten Kinder eine weſentliche Veränderung erleidet, indem nun, da der ſchaumburgiſchen Polizeiordnung [p]) zufolge, nach Verſchiedenheit der Fälle eine Theilung mit den Kindern vorzunehmen, dem überlebenden Ehegatten theils geboten, theils nur überlaſſen iſt, für letzteren ein Anſpruch auf den ihm gebührenden ideellen Theil des Ganzen erwächſt;

daß über dieſen, hinſichtlich der einzelnen Objecte zwar unbeſtimmten, im Begriff jedoch genau fixirten, Antheil der gemeinſchaftlichen Maſſe dem überlebenden Ehegatten die Befugniß, letztwillig zu disponiren, nicht abgeſprochen werden kann;

daß ferner, wenn gleich ſich hierdurch eine Verfügung über beſtimmte einzelne Gegenſtände an und für ſich nicht rechtfertigen läßt, dennoch die Befugniß, eine ſolche Verfügung anzufechten, für Diejenigen verloren geht, welche in anderer Beziehung Erben der Disponentin geworden ſind;

daß nun die Appellanten die Theilung des Ganzen von ihren Eltern erworbenen Vermögens, mithin auch des auf ihre Mutter davon nach des Vaters Tode gefallenen Antheils, verlangen, zu einem Anſpruche auf Letzteren aber nur vermöge des von der Mutter errichteten Teſtaments berechtigt ſind;

p) Cap. XIV. (S. 152. 153.)

daß hieraus folgt, daß ſie die Erben dieſer werden wollen, als ſolche aber die Verfügungen ihrer Erblaſſerin, ſelbſt wenn ſie ſich auf das ihnen eigenthümlich zuſtehende Vermögen erſtreckten, anzuerkennen gehalten ſind;

daß ſodann der von den Appellanten für ihre Anſicht geltend gemachte Schluß des XVIII. Capitels der ſchaumburgiſchen Polizeiordnung nur von dem Falle redet, wenn während der Ehe ein Ehegatte letztwillig disponiren will;

und daß endlich die Ehepacten hier nicht in Betracht kommen, da ſie, die auf den Fall, wenn Kinder erzeugt würden, keine Beſtimmung enthalten, durch die Geburt von Kindern aufgehoben wurden;

werden die vom Procurator P. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

X.

Vom Entſchädigungsanſpruche des Erbleihebeſtänders, im Falle dem Erbleihegute die damit verbunden geweſene Freiheit von öffentlichen Laſten entzogen wurde.

Die hier zu erörternde Rechtsfrage iſt wohl gewiß eine der ſchwierigſten unter denen, welche durch die in der neueren Zeit ſtatt gehabte Reform der ſtaatswirthſchaftlichen, und in Beziehung hierauf auch der ſtaatsrechtlichen, Grundſätze über die von Alters hergebrachte Freiheit gewiſſer Güter von den öffentlichen Laſten in Anregung gekommen ſind. Wie ſchon das Grundprincip, von welchem man bei deren Entſcheidung ausgehen müſſe, einer gänzlich verſchiedenen Anſicht unterworfen ſey, zeigen mehrere bei den Appellationshöfen des Königreichs Weſtphalen vorgekommene, theils unmittelbar, theils wenigſtens analog, hier einſchlagende Fälle [a]). Nur eine genaue Erforſchung der rechtlichen Natur der Erbleihe, in Vergleichung mit anderen ihr verwandten Inſtituten, vermag ein ſicheres Reſultat zu begründen.

Daß Derjenige, welchem ein Grundſtück in Zeitpacht überlaſſen worden iſt, die auf dieſes Grundſtück gelegten öffentlichen Laſten nach der Natur ſeines Contracts nicht zu tragen habe, iſt unzweifelhaft; für einen ſolchen Pachter macht es daher keinen Unterſchied, ob dem Grundſtücke zur Zeit der Verpachtung die Freiheit von dergleichen Laſten anklebte oder nicht. Von der anderen Seite iſt es auch für unbeſtritten zu halten, daß Derjenige, welchem ein Grundſtück mit den Rechten

a) v. Strombeck Rechtswiſſenſchaft des Geſetzbuchs Napoleons. B. I. N. 6. u. 31. Meine Rechtsfälle entſchieden nach dem Geſetzb. Nap. B. I. S. 358. 561. B. II. S. 181. 349.

einer römiſchen Emphyteuſis verliehen worden, die auf daſſelbe gelegten öffentlichen Laſten nach der Natur ſeines Contracts zu übernehmen habe; bei ihm erſcheint alſo die Frage von Erheblichkeit, welchen Einfluß der beſondere Umſtand, daß ihm das Grundſtück in der Eigenſchaft eines von öffentlichen Laſten befreiten übergeben wurde, auf ſeine in der Regel eintretende Verbindlichkeit habe? Dieſe Frage aber kann nicht wohl anders, als nach den allgemeinen Grundſätzen von der Gewährleiſtung im eigentlichen Sinne beurtheilt werden, ſo daß alſo der Obereigenthümer nur in dem Falle einer wirklichen Eviction — Entziehung des Erbzinsgutes oder eines Theils deſſelben durch richterlichen Spruch aus einer zur Zeit der Uebertragung ſchon vorhandenen Urſache — zur Schadloshaltung verpflichtet wird, wohingegen jeder ſonſtige Verluſt durch Zufall oder höhere Verfügung den Erbzinsmann, ohne Rückanſpruch an ſeinen Autor, trifft, wenn nur, was dieſer ihm zuſicherte, damals auch wirklich zu dem verliehenen Grundſtücke gehörte.

In der Mitte zwiſchen beiden — dem Temporalpacht und der Emphyteuſe — ſtehet die teutſche Erbleihe. Mit erſterem kommt dieſelbe darin überein, daß auch ſie zu den eigentlichen Nutzungsverträgen, inſonderheit den oneröſen Nutzungsverträgen, gehört, deren Gegenſtand die Ueberlaſſung der jährlichen Nutzungen eines Grundſtücks für eine damit in Verhältniß ſtehende Gegenleiſtung iſt; und hierin weicht ſie von der Emphyteuſis ab, wobei auf die Nutzungen gar nicht weſentlich Rückſicht genommen wird, und daher auch vom Erbzinsmanne nur ein bloß zum Zeichen der fortdauernden Anerkennung des dem Verleiher verbliebenen Obereigenthums dienender Canon entrichtet wird. Dagegen nähert ſich die Erbleihe der römiſchen Emphyteuſe von der anderen Seite wieder gar ſehr durch die dingliche Natur des übertragenen Rechts, worin beide gleichförmig ſich von dem Temporalpacht unterſcheiden. Gerade dieſe Vorausſetzung bedarf jedoch einer genaueren Unterſuchung.

Ob dem Emphyteuta an dem Erbzinsgute ein dominium utile oder nicht zuſtehe, iſt eine Streitfrage, die in gleichem Grade, wie ſie während der letzten Decennien mit theoretiſcher Wichtigkeit behandelt worden, wahrhaft unbedeutend für die practiſche Anwendung iſt, und nach den eignen Aeußerungen der erklärteſten Widerſacher jener Bezeichnung als bloßer Wortſtreit erſcheint, indem eben dieſe Rechtsgelehrten dem Emphyteuta ganz die nämlichen Rechte beilegen,

welche man nur je unter dem Ausdrucke: dominium utile begriffen hat, — namentlich Proprietätsrechte [b]) neben dem Nießbrauche, inſonderheit das Recht über die Subſtanz der Sache zu verfügen, ſo wie das der Veräußerung [c]); in welcher Hinſicht, was Schweppe [d]) hierüber ſagt, in der That beinahe ſcherzhaft klingt: „das Richtige iſt alſo, daß der Emphyteuta kein Eigenthum hat, aber doch alle Eigenthumsrechte genießt!“ — Das Geringſte, was aus dieſem Allen folgt, iſt, daß der Erbzinsmann ein ſehr ſtarkes dingliches Recht an dem Gute hat, und daß wenigſtens die Bezeichnung dieſes Rechts, welche Glück [e]) als der Natur der Sache angemeſſen billigt, nämlich die eines Nutzungseigenthums, gewiß nicht zuviel ſage.

Eben dieſes dingliche Recht, dieſes Nutzungseigenthum, ſteht nun aber auch dem Erbleihebeſtänder zu. Statt aller weiteren Nachweiſung darf ich mich hier auf Eichhorn [f]) berufen, welcher ganz ausdrücklich die Analogie der Emphyteuſe auf die Erbleihe in ſo weit anwendbar erklärt, als die Natur des überlaſſenen jus in re in Frage iſt, und überdieß auch hiſtoriſch die Erbleihe darin mit dem Lehen gleich ſtellt, als das Characteriſtiſche deſſelben in der Trennung einzelner Proprietätsrechte, unter welchen die Rechte der Gewehre bei der Rechtsverfolgung beſonders hervorgetreten ſeyen, beſtehe [g]). Auch dem Erbleihebeſtänder ſteht in der Regel das Veräußerungsrecht — einer der weſentlichſten Beſtandtheile der Proprietät — nur mit der Beſchränkung auf die nach geſchloſſenem Contracte und vor deſſen Vollziehung [h]) einzuholende Einwilligung des Erbverleihers zu, und dieſe Einwilligung iſt bei freien Colonen nicht einmal vollkommen frei [i]).

b) Thibaut Verſuche üb. einzelne Theile des Rechts. B. II. S. 92. II. Ausg. Makeldey Lehrb. d. heut. römiſchen Rechts. §. 352.

c) Mackeldey a. a. O. Hufeland Lehrb. d. Civilrechts. Th. I. §. 274.

d) römiſches Privatrecht. §. 320.

e) Erläut. d. Pand. Th. VIII. S. 391.

f) Einleitung in das deutſche Privatrecht. §. 257.

g) Ebendaſ. §. 157.

h) Leyser medit. ad Pand. Sp. 105. med. 1. Buri Erläuterung des teutſchen Lehnrechts. S. 852. 942.

i) Eichhorn a. a. O. §. 257.

Faßt man nun die beiden Eigenthümlichkeiten der teutſchen Erbleihe, welche ſie reſpectiv mit dem Temporalpacht und mit der Emphyteuſe gemein hat, — nämlich ihre Qualität eines oneröſen Nutzungsvertrages und die Dinglichkeit des auf den Beſtänder übergegangenen Rechts, als Grundlage der Entſcheidung über die den Gegenſtand dieſer Erörterung ausmachende Rechtsfrage zuſammen, ſo folgt aus der erſten jener Eigenthümlichkeiten, daß, da der Erbſtänder fortwährend für die jährliche Benutzung des Gutes einen derſelben angemeſſenen Zins zu entrichten hat, jedes Ereigniß, wodurch demſelben dieſe Benutzung ganz oder theilweiſe entzogen wird, ſo wie eine jede dem Gute auferlegte Laſt, deren Uebernahme die Benutzung folgerungsweiſe mindert, einen Anſpruch auf verhältnißmäßige Herabſetzung des Zinſes begründe, ohne daß es hierzu der Vorausſetzung einer Eviction in dem oben erwähnten Sinne bedürfte. Den Namen einer Gewährleiſtung kann man auch dieſer Art der Schadloshaltung mit Thibaut[k]) allenfalls wohl beilegen, inſofern nämlich dieſelbe auch bei ſolchen Verträgen, welche nicht das volle Eigenthum an einer Sache, ſondern andere dingliche oder perſönliche Rechte übertragen, und namentlich bei dem Pachtverhältniſſe, ſtatt findet; bei dieſem letzteren nämlich hat die Evictionsklage nichts anderes zum Zwecke, als daß dem Pachter die ihm vertragsmäßig zukommende Benutzung gewährt werde, ut ei praestetur, frui quod conduxit, licere[l]); kann der Verpachter ſolches nicht leiſten, ſo iſt er zu einem verhältnißmäßigen Nachlaſſe oder Erſatze des Pachtzinſes, welchen er für die Nutzung empfängt, verbunden; es tritt alſo hier für den Verpachter die alternative Verbindlichkeit ein, entweder den Beſitz des nutzbaren Gegenſtandes vollſtändig zu gewähren, oder den Pachtzins verhältnißmäßig zu entbehren, ohne Rückſicht darauf, ob etwa die Entziehung der Nutzung durch ein äußeres Ereigniß bewirkt wurde; si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes; aut ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fuitus non furerim[m]). Dieſe Art der Gewährleiſtung, welche dafür ſtatt findet, daß der Vertrag gar nicht oder nicht vollſtändig erfüllt wird, tritt im

k) Syſtem d. Pandectenrechts. Th. I. §. 178.

l) l. 9. D. *locati.*

m) l. 33. D. *eod.*

im Gegenſatze zu dem gewöhnlichen Falle der bei dem Kaufcontracte nach erfülltem Vertrage ſtatt findenden Eviction, bei allen denjenigen Geſchäften ein, deren Gegenſtand in einer fortwährenden Benutzung gegen eine gewiſſe Vergütung beſteht, indem hier die wechſelſeitigen Leiſtungen in einem weſentlich correlativen Verhältniſſe ſtehen, und, ſo wie der Pachter oder Erbſtänder in jedem Jahre ſeiner Seits durch Entrichtung des vollen Zinſes den Contract erfüllt, gleichergeſtalt auch von dem Verpachter oder Verleiher durch vollſtändige Gewährung der Benutzung des hierzu überlaſſenen Gutes die Vertragserfüllung geſchehen muß.

Daneben aber bringt es die zweite der angeführten Eigenthümlichkeiten der Erbleihe, die Dinglichkeit des auf den Beſtänder übergegangenen Nutzungsrechtes, mit ſich, daß einestheils nur ſolche Ereigniſſe, welche dieſes Nutzungsrecht ſelbſt einſchränken oder aufheben, nicht aber bloß einzelne Nutzungen dem Beſtänder entziehen, einen Entſchädigungsanſpruch deſſelben begründen, und daß anderntheils bei der Beſtimmung einer ſolchen Entſchädigung nicht der volle Betrag der dem Beſtänder entgehenden Nutzungen an dem Erbleihezinſe abgezogen werde, ſondern nur eine verhältnißmäßige Herabſetzung deſſelben, mit Rückſicht auf die dem Erbbeſtänder außer dem Nießbrauche noch zuſtehenden Proprietätsrechte, ſtatt finde.

Dieſe gemeinrechtlichen Grundſätze finden auch in Kurheſſen nach den daſigen Particularnormen ihre volle Anwendung. Auch hier finden wir in Geſetzen und geſetzgleichen Verfügungen, daß dem Beſitzer der Erbzins- und Erbleihe-Güter ein dominium utile beigelegt, dieſer ſelbſt dominus utilis und der Gutsherr dominus directus genannt [n]); in jener Hinſicht aber zwiſchen denjenigen, welche, ohne dem Gutsherrn einen Pacht zu entrichten, nur für Grund und Boden einen Canon in recognitionem dominii bezahlen, und ſolchen Erbpachtern, welche ihrem Gutsherrn einen ertragsmäßigen vollen Pachtzins entrichten müſſen, unterſchieden [o]); auf eben dieſen Unterſchied auch noch in dem neueſten Geſetz über die Steuerverfaſſung [p]) hingewieſen wird, indem daſſelbe den Erbleihegütern diejenigen

n) Landesherrl. Reſolution v. 18. Aug. 1741. §. 21. Steuerreglement vom 16. Octob. 1764. §. 3. Verordnung v. 2. Febr. 1776. (L. O. IV, 772. VI, 161. 857.)

o) Regierungs-Gutachten v. 10. Jan. 1782, und v. 1. Decemb. 1785. (L. O. VI, 1042. VII, 14.)

p) Verordnung vom 27. Decemb. 1814. §. 5. (Geſ. Samml. v. 1814. S. 95.)

entgegen ſetzt, wobei der zu entrichtende geringe Canon mit dem wahren Ertrage in einem zu großen Mißverhältniſſe ſteht. Man kann alſo annehmen: auch nach kurheſſiſchem Rechte liegt das *unterſcheidende* Kennzeichen der Erbleihe und Emphyteuſe in der Art der Gegenleiſtung, welche bei jener in einem mit den Nutzungen im Verhältniß ſtehenden Pachtzinſe, bei dieſer in einem bloß zur Anerkennung des Obereigenthums dienenden Canon, beſteht; das beiden *gemeinſchaftliche* Merkmal aber beruhet in der Natur des übertragenen Rechts, indem ſowohl dem Erbleihebeſtänder, wie dem Erbzinsmanne, ein dominium utile in dem Sinne der älteren Juriſten competirt. Dieſes letztere inſonderheit bezeugt auch derjenige vaterländiſche Schriftſteller, welcher gerade dieſem Inſtitut eine eigne, auf hiſtoriſchem Wege begründete, Unterſuchung gewidmet hat — *Lennep* in der Abhandlung über die Leihe zu Landſiedelrecht, wo er an mehreren Stellen die Gleichſtellung des römiſchen Emphyteuta und teutſchen Erbſtänders durchführt [q]), als Reſultat aber bemerkt, daß wenn man dem Emphyteuta ein dominium utile beilegen wolle, ſolches auch dem Erbpachter nicht abgeſprochen werden könne, und letzterer nur kein ſtärkeres Recht am Gute, als erſterer, habe [r]). Ebenſo hat noch in der neueren Zeit das Oberappellationsgericht den Grundſatz ausgeſprochen, daß, wo ein Erbleihegut vorhanden ſey, dem Beſitzer auch ein *nutzbares Eigenthum* daran zuſtehe [s]).

Auch nach kurheſſiſchem Rechte iſt demnach folgerungsweiſe anzunehmen, daß der Erbſtänder, wenn dem Erbleihegute ein Theil ſeiner Nutzbarkeit entzogen wird, einen Entſchädigungsanſpruch an den Erbverleiher habe, welcher ſich in verhältnißmäßige Minderung des nach dem Ertrage der Nutzungen beſtimmten Erbleihezinſes auflöst; es iſt jedoch dieſer Entſchädigungsanſpruch bedingt durch die Vorausſetzung, daß dem Beſtänder ein Theil der nutzbaren *Subſtanz* des Gutes entzogen, alſo das dinglich überlaſſene Nutzungsrecht ſelbſt vermindert wird, und nur mit Rückſicht hierauf geſchieht daher die verhältnißmäßige Herabſetzung des Zinſes. Daß aber die Vorausſetzung des Verluſtes eines Theils der nutzbaren Subſtanz des Gu-

q) Th. I. Tit. 2. §. 43. Tit. 9. §. 15.

r) Tit. 2. §. 29. Not. 29. Tit. 10. §. 6.

s) *Decisiones.* T. III. dec. 172.

tes auch alsdann eintrete, wenn demſelben eine damit verbundene Eigenſchaft, deren Zuſtändigkeit den reinen Ertrag, ſey es poſitiv oder negativ, mehrte, entzogen wird, leidet wohl keinen Zweifel, und eben ſo wenig die Anwendung dieſes Satzes auf den zur letzteren Gattung gehörigen Fall, wo die dem Gute zur Zeit der Verleihung anklebende Freiheit von öffentlichen Laſten davon hinweggenommen wird. In dieſem Falle alſo kann der Erbleihebeſtänder eine verhältnißmäßige Herabſetzung des Erbleihezinſes mit vollem Recht begehren, wenn er gleich ſonſt dergleichen Laſten, ſofern nicht das Gut mit der realen Befreiung davon verliehen worden, oder, wenn dieß geſchehen war, die erfolgte Beläſtigung nicht in der Entziehung dieſer Befreiung ſelbſt ihren Grund hatte, ohne allen Rückanſpruch an den Verleiher zu tragen verbunden iſt. Hier die practiſchen Belege.

I.

Conrad L. zu Wachenbuchen hat mit mehreren Anderen ein daſelbſt gelegenes v. G.ſches Gut in Erbbeſtand, wovon jährlich 16 Malter Korn und 2 Malter Gerſte als Erbpachtzins entrichtet werden.

Als die Erbbeſtänder hiermit in Rückſtand bleiben, klagt die v. G.ſche Kellerei gegen dieſelben; ſie ſetzen aber dieſer Klage unter andern die Einrede entgegen, daß an dem eingeklagten Pachtzinſe die von ihnen bezahlten und ihnen ohne Zweifel zu vergütenden Landſteuern in Abzug kommen müßten. Klägeriſcher Seits wird die Verpflichtung zu einer ſolchen Vergütung um deßwillen in Abrede geſtellt, weil der dominus utilis alle und jede auf den Gütern haftenden Laſten zu tragen habe; wogegen die Verklagten behaupten, daß die Steuern auf dem Grund und Boden, und nicht auf der Oberbeſſerung, haften.

Das Gericht erſter Inſtanz weiſ't hierauf den klagenden Theil an, ſich auf den von den Verklagten in Anſpruch genommenen Erſatz der bezahlten Grundabgaben zu erklären; das Hofgericht zu Hanau aber ändert ſolches dahin ab, daß, weil die Verklagten, als Erbbeſtänder, außer dem dem Gutsherrn ſchuldigen Erbpacht auch noch alle auf der Erbleihe haſtenden öffentlichen Laſten zu entrichten ſchuldig ſeyen, die wegen der bezahlten Landſteuern formirte exceptio compensationis zu verwerfen ſey.

Und dieſe Entſcheidung wird auch, auf die Berufung der Verklagten, durch ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 17. Jun. 1822 beſtätigt: „in Erwägung, daß die Grundſteuern von den Früchten oder Aufkünften der Grundſtücke entrichtet werden, die Appellanten daher, als Erbleihe-Beſitzer und Inhaber der Oberbeſſerung, beim Mangel einer entgegen ſtehenden Uebereinkunft, auch die auf das Gut gelegten Steuern tragen müſſen, mithin deren Vergütung von der Appellatin nicht verlangen können.“

2.

Der Graf von J. hatte an Michael H. ein Landgut mit allen ſeinen Gerechtigkeiten und Freiheiten, unter denen namentlich deſſen kundbare Freiheit von Einquartierung in Kriegszeiten erwähnt war, gegen einen ſehr bedeutenden jährlichen Fruchtzins, zu einem Erblehen übertragen. Als deſſen ungeachtet der Erbbeſtänder in den Jahren 1800 bis 1815 mit mancherlei Kriegslaſten und Einquartierung belegt wird, will derſelbe die dafür berechneten Koſten dem Leiheherrn auf den rückſtändigen Zins in Zurechnung bringen; nachdem er jedoch hiermit zurückgewieſen worden, klagt er gegen den Leiheherrn auf Erſtattung jener Koſten, weil er der ihm zugeſicherten Freiheit von Einquartierungslaſten nicht theilhaftig geworden ſey.

In der erſten Inſtanz wird der Kläger mit der angeſtellten Entſchädigungsklage abgewieſen; in der zweiten erfolgt ein abänderndes Erkenntniß, weil dem Kläger das befragte Gut mit der Freiheit von Einquartierung und Kriegslaſten in Erbbeſtand gegeben worden, daher dieſe Freiheit als Zubehörung deſſelben zu betrachten ſey, mithin der Verklagte ihm ſolche gewähren, und von jedem Jahre, wo ihm deren Genuß entzogen worden, ſo viel, als der Betrag der gehabten Leiſtungen ausmache, an dem Erbpacht erlaſſen und resp. zurückgeben müſſe.

Das Oberappellationsgericht ſtellte indeſſen durch ein Erkenntniß vom 18. Decemb. 1819 den Amtsbeſcheid wieder her, und führte als Entſcheidungsgrund an: „daß zwar, unter Vorausſetzung einer vertragsmäßigen Zuſicherung der Freiheit des zu Erblehen gegebenen Gutes von Einquartierung und ſonſtigen Kriegslaſten, die gänzliche Entziehung dieſer dem Gute als dingliche Eigenſchaft anklebenden Freiheit einen Anſpruch auf Gewährleiſtung für den Kläger begründen würde, dieſer jedoch eine ſolche Entziehung im Ganzen nicht einmal behauptet, noch ein dieſelbe enthaltendes Factum ſeiner Klage zum Grunde gelegt habe, die in Kriegszeiten geſchehende Beläſtigung eines an und für ſich freien Gutes aber nur

ein zufälliges und vorübergehendes Ereigniß ſey, deſſen Folgen der Belehnte als einen die Benutzung des Lehngutes vermindernden Schaden allein zu tragen habe.“

3.

Vermöge Erbleihebriefes vom 12. April 1809 hat das Conſiſtorium zu Hanau ein ehemals von D.ſches beinahe 200 Morgen haltendes Gut an Jacob D. zu Niederdorfelden zu einem rechten Erblehen dergeſtalt verliehen, daß der Erbbeſtänder an jährlichem Erbzins und Pacht 95 Gulden und 60 Achtel Korn entrichten ſolle. In dem Erbleihebriefe iſt ferner die beſtimmte Zuſicherung enthalten, daß der Erbbeſtänder das Gut mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, eben ſo frei und ohne die geringſte Beſchwerde zu genießen habe, wie ſolches das adeliche von D.ſche Geſchlecht, und nach deſſen Abgang die Erbbeſtänder H. und D., bis jetzt beſeſſen und genutzt hätten. Auch wird dem Erbbeſtänder zur Pflicht gemacht, andere beſchwerte Güter, die er etwa an ſich bringen würde, mit dieſen freien Kirchengütern nicht zu vermiſchen.

Nachdem jedoch einige Jahre nachher das vererbleihte Gut gleich anderen mit ordinären und extraordinären Abgaben und Kriegslaſten beſchwert, auch zur Steuerpflichtigkeit gezogen worden, klagt der Erbbeſtänder gegen das Conſiſtorium darauf, daß ihm ſein dominium utile erhalten, inſonderheit die dem Gute auferlegte Steuerlaſt abgenommen, demnach das Conſiſtorium angewieſen werde, ſowohl die ſchon bezahlte Steuer ihm zu erſtatten, als die künftige Bezahlung zu übernehmen.

Der Syndicus der verklagten Behörde bezieht ſich, ohne ſpecielle Einlaſſung auf das Klagfactum, lediglich auf den Rechtsgrund, daß die Steuern, wovon hier allein die Rede ſey, zu denjenigen Abgaben gehörten, deren Entrichtung nicht dem dominus directus, ſondern dem Erblehnmann, zur Laſt fiele, und die von letzterem allein, ohne Zuthun des erſteren, getragen werden müßten; worauf der Kläger erwidert: es komme hier nicht darauf an, welche Laſten und Steuern der Erblehnmann nach gemeinem Rechte tragen müſſe, ſondern ob der dominus directus verbunden ſey, die dem Erblehnmanne mit dem Gute verliehenen Freiheiten und Zubehörungen zu präſtiren, welches außer Zweifel ſey.

Das Hofgericht zu Hanau weist hierauf den Verklagten an, ſich auf des Klägers Behauptung, daß dem Erbleihegute die Steuerfreiheit entzogen worden, und wann, sub poena confessi einzulaſſen. Die Entſcheidungsgründe waren, daß zwar in dem Falle, wenn die

Steuerfreiheit zu der Zeit, als der Erbleihebrief ertheilt worden, noch beſtanden habe, die Klage ungegründet ſeyn würde, indem der Kläger nicht behauptet habe, daß die Steuerfreiheit durch Verſchulden des verklagten Theils, oder nach vorhergegangener ordnungsmäßigen gerichtlichen Verhandlung der Sache, durch richterliches Erkenntniß und von Richteramts wegen dem Gute entzogen worden ſey, welches gleichwohl erfordert werde, wenn der verklagte Theil zur Evictionsleiſtung verbunden ſeyn ſolle [t]); — daß auch der verklagte Theil alsdann, wenn entweder die Eviction nicht aus einer ſolchen rechtmäßigen Urſache erfolgte, welche ſchon vor der Vererbleihung exiſtirte [u]), oder wenn die Entziehung der Steuerfreiheit durch höhere Gewalt, von Staatswegen aus landesherrlicher Machtvollkommenheit, ohne gerichtliche Verhandlung und richterliche Autorität, geſchehe [v]), zur Evictionsleiſtung nicht verpflichtet ſey; — daß aber alsdann, wenn zu der Zeit, als der Erbleihebrief ertheilt worden, dem Gute die Steuerfreiheit bereits entzogen geweſen, dieſelbe aber demungeachtet vom verklagten Theile in dem Erbleihebriefe mit ertheilt worden ſey, die Klage auf Entſchädigung als gegründet erſcheine [w]).

Daß das Oberappellationsgericht, wenn gleich mit der Entſcheidung ſelbſt einverſtanden, doch dieſe Art der Motivirung, welche ſchon auf ein von den Grundſätzen dieſes Gerichts abweichendes Definitiv-Erkenntniß hinwieß, nicht genehmigen konnte, ergiebt die obige Ausführung. Daher wurde das auf die Appellation des Verklagten, nach erkannten Proceſſen, am 17. Decemb. 1823 eröffnete, den Hofgerichtsbeſcheid beſtätigende, Urtheil doch auf ganz andere Entſcheidungsgründe geſtützt. Dieſes Urtheil lautet wörtlich alſo:

„In Erwägung, daß der Verleiher, welcher dem Beſtänder die Steuerfreiheit eines in Erbleihe gegebenen Gutes zuſicherte, nicht bloß in dem Falle, wo dieſe Freiheit dem Gute ſchon zur Zeit der Verleihung nicht mehr zuſtand, ſondern auch, wo ſolche demſelben nachher entzogen wurde, zur Gewährung dieſer Freiheit oder Entſchädigung verpflichtet iſt,

indem bei dergleichen über eine fortdauernde Nutzung für eine hiermit im Verhältniß ſtehende jährliche Gegenleiſtung abgeſchloſſenen Contracten aus dem Verſprechen der Steuerfreiheit geſchloſſen werden muß, daß bei Beſtimmung des Betrages der Gegenleiſtung darauf,

t) arg. l. 24. l. 56. D. de evictionib.

u) l. 1. C. de peric. et comm. arg. l. 23. D. locati. l. 11. D. de evict.

v) Wernher observ. forens. T. II. P. 9. obs. 184.

w) l. 23. D. locati.

daß die übertragene Nutzung nicht durch aufzulegende Steuern vermindert werde, Rückſicht genommen worden ſey;

daß gleichwohl die dingliche Natur des gegen einen gleichförmigen Zins verliehenen Nutzungsrechts den Anſpruch auf Vergütung der einzelnen Steuerzahlungen ausſchließt, und nur den auf verhältnißmäßige Herabſetzung des Erbleihezinſes wegen der dem Gute entzogenen, und von dem Verleiher nicht mehr zu gewährenden, Steuerfreiheit im Ganzen begründet,

und daß, wenn gleich im vorliegenden Falle der Appellat ſeine Klage nicht auf eine ſolche Herabſetzung des Erbleihezinſes, ſondern auf Uebernahme der Steuern von Seiten des appellantiſchen Theils, alſo folgerungsweiſe auf Gewährung der Steuerfreiheit, gerichtet hat,

doch, ſofern letztere nicht ſtatt finden kann, die ſubſidiäre Berechtigung des Appellaten auf Entſchädigung nach den obigen Grundſätzen rechtlich in Betracht zu ziehen iſt,

der Appellant alſo in keiner Hinſicht die Einlaſſung auf die wider ihn erhobene Klage zu verweigern befugt iſt;

wird auf Alles in dieſer Inſtanz Verhandelte und erfolgten Schluß zu Recht erkannt: daß der Beſcheid des Hofgerichts zu Hanau vom 21. October 1820 zu beſtätigen, und ſolchergeſtalt die Sache an das dermalige Obergericht zu Hanau zum weitern Verfahren zu remittiren ſey.“ *)

*) Ein ähnlicher Fall wurde neuerlich von dem Oberappellationsgerichte zu Wiesbaden gegentheilig entſchieden, welches zwar theils in der factiſchen Verſchiedenheit, daß der Erbleiheträger alle gewöhnlichen onera und Laſten übernommen hatte, theils aber auch in einer abweichenden juriſtiſchen Anſicht ſeinen Grund hatte, indem man nämlich die Grundſätze von der Eviction bei dem Kaufcontracte, und daß in dieſer Beziehung das factum principis als casus fortuitus anzuſehen ſey, zur Anwendung brachte: v. d. Nahmer Samml. merkw. Entſcheidungeu des Oberapp. Ger. zu Wiesbaden. S. 162. ff.

XI.

An denjenigen Orten, wo keine beſondere Wechſelordnung, ſondern nur das gemeine teutſche Wechſelrecht gilt, iſt der Inhaber eines proteſtirten Wechſels berechtigt, einen der vorherigen Indoſſanten nach ſeiner Wahl in Rückanſpruch zu nehmen; und dieſes gilt ſelbſt von dem Falle, wo die Bezahlung des Wechſels, jedoch nur zur Ehre eines der Indoſſanten, ſchon wirklich erfolgt iſt.

Es giebt gewiſſe Gegenſtände in der Jurisprudenz, über welche von jeher oder wenigſtens ſeit geraumer Zeit unter den Theoretikern hin und her geſtritten wird, und in Anſehung deren die Meinungen ſtets in ſolchem Grade getheilt bleiben, daß man zu einem ſicheren Reſultate darüber, was denn nun eigentlich das Richtige ſey, gar nicht gelangt; während der practiſche Juriſt, zu deſſen Gebrauche doch eigentlich nur der Streit geführt wird (da es keine Mittel, als um des Zweckes willen, giebt), längſt die Ueberzeugung gewonnen hat, daß der ganze Streit, möge er ausfallen wie er wolle, für ihn wirklich ganz ohne Intereſſe ſey, indem er durch ſeine practiſche Erfahrung, unabhängig von den Gründen für die eine oder andere Meinung, ſchon belehrt worden iſt, wie er in gegebenen Fällen der Anwendung zu entſcheiden habe, und daß er gar nicht anders entſcheiden könne, weil jede andere Entſcheidung mit Demjenigen, was ihm in der Erfahrung vorliegt, im Widerſpruche ſtehen würde. Einigermaßen dient hierüber zum Belege der Streit über das dominium utile, deſſen oben, S. 110, gedacht wurde; ganz vorzüglich aber gehört dahin eine der wichtigſten Controverſen unter den Germaniſten, über die Frage nämlich: ob es ein gemeines teutſches Privatrecht gebe? — Dieſe Frage mag von den Theoretikern auf die eine oder

andere Art beantwortet, ja es mögen für deren **Verneinung** die allerüberzeugendſten Gründe geltend gemacht werden, wie der Verfaſſer dieſes Aufſatzes ſelbſt ehedem, nach **Hufeland**[a]), dafür gehalten hat; — der **practiſche** Juriſt wird ſich deſſen ungeachtet, bei einiger längeren Ausübung ſeines Berufes, in die Nothwendigkeit verſetzt ſehen, dieſelbe zu **bejahen**, indem es ihm gar bald als unwiderlegbarer Erfahrungsſatz erſcheint: es **muß** ein gemeines teutſches Privatrecht geben, weil er nemlich ein ſolches **anzuwenden** ſich genöthigt ſieht, das nichtexiſtirende aber auch nicht angewendet werden kann. — Mit dieſer Erſcheinung nun hat es folgende Bewandtniß. Ein großer Theil der dem teutſchen Rechte angehörigen Inſtitute wird in den Landesgeſetzen als factiſch vorhanden vorausgeſetzt, und auf dieſe ſtillſchweigende Vorausſetzung werden nur gewiſſe einzelne Beſtimmungen gegründet, die zwar, ſoweit ſie ſich erſtrecken, als geſetzliche Norm wirken, die aber gar häufig ſo wenig unmittelbare Beziehung auf die eigenthümliche Natur des Inſtituts haben, daß man für dieſe nothwendig eine andere Erkenntnißquelle aufſuchen muß, wenn es darauf ankommt, ſtreitige Fälle nach Grundſätzen zu entſcheiden, worüber ſich keine ausdrückliche Beſtimmung in den Landesgeſetzen findet. Belege hierzu geben die Aufſätze N. VIII und IX., welche Streitfragen über die eheliche Gütergemeinſchaft zum Gegenſtande haben, in ſo fern, als in den kurheſſiſchen Geſetzen dieſe Gütergemeinſchaft in Anſehung des Erwerbes während der Ehe als beſtehendes Recht vorausgeſetzt, und nur über einzelne Folgen derſelben eine Beſtimmung getroffen wird. Oft auch findet man ein ſolches Inſtitut in den Landesgeſetzen nur unter einem bloß formellen Geſichtspuncte, ohne alle Beziehung auf materielle Rechtsgrundſätze, erwähnt, wo dann die Entſcheidung über dieſe in ihrem ganzen Umfange nur aus einer allgemein zugänglichen Quelle, alſo aus dem **gemeinen** Rechte, geſchöpft werden muß, welches aber das römiſche Recht, ſofern dieſem das Inſtitut ſelbſt fremd iſt, nicht ſeyn kann, folglich ein gemeines **teutſches** Recht ſeyn muß. Ein beſonders auffallendes Beiſpiel hierzu bietet das kurheſſiſche Recht in dem Inſtitut der Einkindſchaft dar, deſſen, in der Erfahrung ohnehin gegebene, Exiſtenz in den Landesgeſetzen durch weiter nichts anerkannt wird, als daß in denſelben ein Betrag für den zu Einkindſchafts-Inſtrumenten zu gebrauchenden Stempel feſtgeſetzt iſt, ſo daß die ganze Rechtsſphäre dieſes rein-

a) Beitr. zur Bericht. d. poſit. Rechtswiſſenſchaft. St. I. Abh. 1. u. 3.

teutſchen Inſtituts lediglich den Beſtimmungen des gemeinen teutſchen Rechtes anheim fällt, an die allein ſich der Richter, wenn ihm ein ſolcher Fall zur Entſcheidung vorgelegt wird, nur halten kann, er mag über die Möglichkeit und Exiſtenz eines gemeinen teutſchen Privatrechts nach theoretiſchen Gründen ſelbſt denken, wie er wolle.

Der Widerſpruch zwiſchen Theorie und Praxis, welcher ſich, dieſem Allem zufolge, aus der Nothwendigkeit der Benutzung einer Quelle, deren wirkliches Daſeyn noch bezweifelt wird, in ſo grellem Lichte darſtellt, hat jedoch bereits an Schärfe viel verloren, ſeitdem Eichhorn [b]) mit ſo glücklichem Erfolge einen neuen Weg betrat, auf welchem er wohl leicht die Gegner allgemeiner Gewohnheiten und eines gemeinen teutſchen Rechtes mit denen, welche beides vertheidigen, als Mittler verſöhnen wird. Immer aber wird es dennoch von hohem Intereſſe ſeyn, zu zeigen, wie durchaus unentbehrlich für die Praxis die Vorausſetzung eines gemeinen teutſchen Privatrechtes in Anſehung der in den Landesgeſetzen nicht nach ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit genau beſtimmten Inſtitute ſey.

Ein vorzüglich wichtiger Gegenſtand des teutſchen Privatrechts, an welchem ſich die obige Ausführung recht auffallend beſtätigt, iſt das Wechſelrecht. Dieß hat zwar in mehreren Ländern und Orten durch beſondere Wechſelordnungen eine eigne bald mehr bald minder vollſtändige Ausbildung erhalten; an denjenigen Orten aber, wo dergleichen nicht vorhanden ſind, und wo gleichwohl Wechſelrecht, ohne weitere geſetzliche Beſtimmung gilt, hat es mit der Quelle, woraus der Richter die Grundſätze ſeiner Entſcheidungen zu entlehnen hat, um ſo mehr Schwierigkeit, als dieſes Inſtitut gar nicht einmal auf teutſchem Boden entſtanden, ſondern nur durch zufälligen Gebrauch im Handelsverkehr dahin verpflanzt worden iſt, und ſogar nicht einmal in dem Lande ſeines Urſprungs ein poſitives Rechtsſyſtem über daſſelbe exiſtirt, welches als ſtillſchweigend mit angenommen betrachtet werden könnte. Die nämliche Schwierigkeit tritt, wiewohl in geringerem Grade, auch da ein, wo zwar beſondere Wechſelordnungen vorhanden ſind, aber Fälle zur Entſcheidung kommen, welche dadurch weder eine ausdrückliche Beſtimmung erhalten

b) Einleit. in das deutſche Privatr. §. 26. 39. 40.

haben, noch daraus unmittelbar durch Folgerung abgeleitet werden können. So iſt nun auch namentlich in Kurheſſen durch eine landesherrliche Reſolution vom 5. Apr. 1723 c) verordnet, daß das Wechſelrecht ſowohl für Juden als Chriſten gelten, und darauf ohne Unterſchied parata executio verhängt werden ſolle, auch die Regierung angewieſen, in begebenden Fällen die Wechſelſachen ſolchergeſtalt zu decidiren und abzuthun; darüber aber, was für ein Wechſelrecht unter dem hier gedachten zu verſtehen ſey, durchaus nichts beſtimmt, mithin dadurch lediglich auf das gemeine teutſche Wechſelrecht verwieſen worden.

Giebt es denn nun aber wirklich ein gemeines teutſches Wechſelrecht, und worin beſteht daſſelbe? — Was über das Wechſel-Inſtitut in den teutſchen Reichsgeſetzen vorkommt, iſt von zu beſchränktem Inhalte und Umfange, als daß man hieraus einen weſentlichen Beitrag zur Beantwortung jener Frage hernehmen könnte; denn der Reichsabſchied von 1654, §. 107, *) redet nur von der allgemeinen Wirkung der Wechſel, die parata executio zu begründen, und bezieht ſich überdieß bloß auf die Handelsſtädte; der etwas ſpecieller verfügende Reichsſchluß vom 7. Febr. 1671, **) aber hat, da der Reichsabſchied, in den er aufgenommen werden ſollte, unvollendet geblieben iſt, gar keine Gültigkeit erlangt; daher iſt es gewiß richtig, wenn man annimmt, daß es ein auf poſitiven und ausdrücklichen Geſetzen beruhendes teutſches Wechſelrecht nicht gebe d). Dahingegen aber iſt es nicht zu bezweifeln, daß, unter Vorausſetzung des Wechſelinſtituts an und für ſich, ein Inbegriff von Regeln und Grundſätzen angenommen werden muß, welche theils aus dem Begriffe und der eigenthümlichen Beſchaffenheit der Wechſelverbindlichkeit, inſoweit ſie ſich von anderen Schuldverbindlichkeiten weſentlich unterſcheidet, ſo wie aus der Abſicht, welche der Einführung dieſes Inſtituts zum Grunde liegt, theils aber aus demjenigen zu abſtrahiren ſind, was der allgemeine Handelsgebrauch in Wechſelſachen, vorzüglich an denjenigen Orten, wo keine Particular-Wechſelordnung eingeführt iſt, mit ſich bringt e). Dieſer Inbegriff von Regeln und Grundſätzen, wie er von den bewährteſten Schriftſtellern über Handelsrecht in wiſſenſchaftlichem Zuſammenhange vorge-

c) Samml. d. Landesordn. Th. III. S. 905.

*) Neue Samml. d. Reichsabſch. Th. III. S. 160.

**) Ebendaſ. Th. IV. S. 73.

d) Danz Handb. d. deutſch. Privatrechts. Th. II. §. 225.

e) Eichhorn a. a. O. §. 125.

tragen wird, bildet nun ein teutſches Wechſelrecht, welches an denjenigen Orten, wo das Wechſelrecht, ohne nähere Bezeichnung, eingeführt iſt, überhaupt, und an denjenigen, wo ſich beſondere geſetzliche Beſtimmungen zwar befinden, die jedoch das Ganze nicht erſchöpfen, aushülflich und ergänzend zur Anwendung kommen muß. Wo aber eine Verſchiedenheit der Meinungen unter den Schriftſtellern herrſcht, oder wo die von ihnen anfgeſtellten Grundſätze in der Anwendung auf vorkommende ſpecielle Fälle nicht ausreichen; da muß der Richter ſelbſt, geleitet durch den Geiſt und Zweck des Inſtituts, durch Abſtraction aus dem gegebenen Allgemeinen, die Entſcheidungsnorm für den ſpeciellen Fall aufſuchen und zur Anwendung ausbilden. Das römiſche Recht aber, welchem das Wechſelinſtitut gänzlich fremd iſt, kann dabei als directe Quelle der Entſcheidung gar nicht benutzt werden, ſondern allenfalls nur, inſofern es auch bei andern teutſchrechtlichen Inſtituten analogiſch zur Anwendung kommen kann.

Eine der ſchwierigſten Fragen des Wechſelrechts, deren Beantwortung auf ſolchem Wege, bei dem Mangel einer poſitiven geſetzlichen Beſtimmung, gefunden werden muß, iſt die, welche in der Ueberſchrift dieſes Aufſatzes als hauptſächlicher Gegenſtand deſſelben bezeichnet wird; nämlich ob der Inhaber eines proteſtirten Wechſels ſich nur an ſeinen nächſten Vormann halten, oder auch gegen einen der vorherigen Indoſſanten nach ſeiner Wahl den Rückanſpruch nehmen könne? — Die an mehreren der vorzüglichſten Handelsplätze geltenden Wechſelordnungen entſcheiden dieſe Frage nicht gleichförmig, was ſonſt zu einem wichtigen Argument für eine damit übereinſtimmende Beantwortung dienen könnte. Namentlich verfügt die in vorzüglichem Anſehen ſtehende Leipziger Wechſelordnung von 1682, §. 19: daß nachdem ein Wechſel wegen nicht erfolgter Zahlung gebührend proteſtirt worden, der Inhaber zuvorderſt ſeinen Regreß an den letzten Indoſſirer, von welchem der Wechſelbrief ihm zugekommen, zu nehmen habe, und, wenn er von demſelben keine Befriedigung erlangt, alsdann an den nächſtvorhergehenden, und alſo ordentlich bis zum Ausgeber, zurückgehen, ihm aber nicht frei ſtehen ſolle, dieſe Ordnung zu überſchreiten f). Eine gleiche Beſtimmung, wiewohl nicht mit eben dieſer Genauigkeit, enthalten die Danzi-

f) Stryk de cautelis contractuum. Sect. 3. cap. 5. §. 25. Siegel corpus juris cambialis. T. I. p. 34.

ger Wechſelordnung von 1701, Art. 29, 30, [g]) die Braunſchweigiſche von 1715, Art. 36, [h]) und die Wiener von 1717, Art. 25[i]). — Mehrere andere hingegen geſtatten dem Wechſelinhaber gleichzeitig und electiv eine Klage gegen alle ſeine Vormänner[k]). Die Hamburgiſche Wechſelordnung von 1711, Art. 32, ſtellt es ausdrücklich dem Inhaber des Wechſelbriefes frei, nach gehöriger Proteſtirung ſeinen Regreß an denjenigen Indoſſanten zu nehmen, bei welchem er ſeine prompteſte Zahlung zu erlangen vermeint[l]); gleichergeſtalt ſoll es nach der Augsburgiſchen von 1716, Cap. 6, §. 1, dem Inhaber, wenn er wegen des mit Proteſt zurückkommenden Wechſels nicht binnen 24 Stunden von dem Ausſteller befriedigt wird, frei ſtehen, die Wiederbezahlung bei dieſem, bei dem Acceptanten, oder bei einem oder mehreren Giranten, bis er völlig vergnügt iſt, bei wem er will, mit und ohne Recht zu ſuchen[m]); und auch die neueſte unter den bisher angeführten Wechſelordnungen, die Frankfurtiſche von 1739, §. 29, geſtattet dem Wechſelinhaber, den Acceptanten, und von den Giranten, ſo viele er will, zu übergehen, und mit dem Proteſte ſammt Wechſelbrief bei einem Giranten, wo er ſeine Bezahlung am kürzeſten zu haben vermeint, auch, mit Uebergehung aller Giranten, bei dem Ausgeber ſelbſt, ſich gleich anzumelden, und nach Wechſelrecht die Execution zu begehren[n]); doch verbindet dieſe Verordnung, §. 28, mit einer ſolchen Uebergehung den Verluſt des weiteren Anſpruchs an die Uebergangenen.

Bei dieſem Mangel der Uebereinſtimmung in den Particulargeſetzen, bleibt, um eine gemeinrechtliche Beantwortung der obigen Frage zu gewinnen, nichts übrig, als auch hier auf die rechtliche Natur des Wechſelgeſchäftes überhaupt und der Indoſſamente insbeſondere, ſo wie auf Dasjenige, was die bewährteſten Schrift-

g) Siegel l. c. p. 376.

h) *Ibid.* p. 256.

i) *Ibid.* p. 157.

k) Franck institut. juris cambialis. Lib. I. sect. 4. tit. 11. §. 9.

l) Siegel l. c. p. 420.

m) *Ibid.* p. 323.

n) Uhl erſte Fortſetzung des corp. jur. camb. von Siegel. S. 81.

ſteller als dem Handelsgebrauche entſprechend darſtellen, zurückzugehen. Hauptzweck des ganzen Inſtituts iſt möglichſte Erleichterung des Handelsverkehrs [o]); dieſen unmittelbar vorbereitend der zwiefache Nebenzweck: Erleichterung des Ueberganges der Wechſel aus einer Hand in die andere, wodurch deren Gebrauch als Zahlungsmittel eben ſo oft vervielfältigt wird, und Begründung völliger Sicherheit für die erfolgende Bezahlung derſelben [p]); ſo daß Alles, was der Leichtigkeit und Sicherheit des Wechſelverkehrs hinderlich iſt, für ganz unverträglich mit dem wahren Geiſte des Wechſelinſtituts geachtet werden muß [q]). Das wirkſamſte Mittel für dieſe Zwecke iſt nun aber das Indoſſament, welches eben durch dieſe Zwecke eine eigenthümliche Bedeutung erhält, die es von jeder gewöhnlichen Uebertragung einer Schuldforderung weſentlich unterſcheidet. Das Indoſſament, welches in höchſt einfacher Form auf den den Wechſel enthaltenden Papierſtreif mit nur wenigen Worten oder Zeilen geſchrieben wird, führt gleichwohl eine eben ſo kräftige Verbindlichkeit, wie der Wechſel ſelbſt, mit ſich, die zugleich ſo lange fortdauert, bis der Wechſel durch eine der Hauptverbindlichkeit genügende Weiſe bezahlt iſt. Jeder Indoſſant wird durch ſein Indoſſament ſelbſt Wechſelſchuldner gegen Denjenigen, auf welchen er den Wechſel überträgt, und, wenn dieſer auf Ordre geſtellt iſt [r]), auch gegen jeden künftigen Inhaber des Wechſels, welcher die Zahlung deſſelben zu begehren berechtigt iſt. Und hierin hauptſächlich liegt der eigenthümliche Unterſchied des Indoſſaments und der gewöhnlichen Ceſſion, indem der Cedent nach der Uebertragung, inſofern nur die übertragene Forderung als ſolche wirklich exiſtirte, aus allem Verbindlichkeitsnexus tritt, der Indoſſant hingegen nicht nur dem Indoſſatar für die Zahlungsfähigkeit des Indoſſaten haftet, ſondern ſich ſelbſt zur Bezahlung des Wechſelbetrags unmittelbar verpflichtet. „Das Indoſſament vertritt zugleich die Stelle eines Wechſels, ſo daß daraus wider den Indoſſanten eben ſo

o) „Cambia scilicet illud sunt in commercio, quod circulatio sanguinis in corpore humano:“ Leyser spec. 531. med. 2. Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts. Vorr. S. III.

p) „Cambia instar pecuniae numeratae esse debent, et, qui cambium possidet, non minus securus sit oportet, quam si nummos ipsos haberet:“ Leyser l. c.

q) Leyser spec. 202. med. 3.

r) welche Clauſel gewöhnlich bei jedem Wechſel ſtillſchweigend verſtanden zu werden pflegt: Leyser spec. 202. med. 6.

wohl, wie aus dem Wechſel, wider den Hauptſchuldner nach Wechſelrecht verfahren werden kann [s]); weßhalb die Indoſſamente in der That als wahre Wechſelbriefe zu betrachten ſind [t]), und der neue Wechſelcontract, welcher in dem eigentlichen Indoſſament enthalten iſt, ſogar wenn der Wechſel ſelbſt ungültig wäre, doch jenes gültig macht [u]). Aus dieſen auf das Weſen des Wechſelinſtituts überhaupt gegründeten, und daher allenthalben, wo nicht durch Particularnormen eine Abweichung feſtgeſetzt iſt, gültigen Vorderſätzen folgt nun ganz natürlich die gemeinrechtliche Beantwortung der hier zu erörternden Frage dahin, daß ein jeder Indoſſant von dem Inhaber eines proteſtirten Wechſels unmittelbar und nach ſeiner Wahl in Rückanſpruch genommen werden könne; indem ein jeder Indoſſant Selbſtſchuldner des Wechſelbetrages durch das Indoſſament geworden iſt [v]). Auch iſt leicht practiſch erweislich, daß es den allgemeinen Zwecken des Wechſelinſtituts, wie ſolche oben näher angegeben worden, geradezu entgegen ſeyn würde, wenn der Inhaber eines mehrmals indoſſirten Wechſels, deſſen Acceptation oder Zahlung verweigert wird, ſich jedesmal zunächſt an ſeinen unmittelbaren Indoſſanten, deſſen Aufenthaltsort vielleicht von dem ſeinigen weit entfernt iſt, halten ſollte, während er einen früheren zahlungsfähigen Indoſſanten wohl an dem nämliche Orte oder in der Nähe haben kann, der aber, bis gegen jenen die nöthigen Schritte geſchehen ſind, und, falls keine Zahlung von demſelben zu erlangen ſteht, erſt die ganze Reihenfolge mittlerer Indoſſatare fruchtlos angegangen worden, ſelbſt in Zahlungsunfähigkeit gerathen, oder auf ſonſtige Weiſe ſich ſeiner Schuldigkeit zu entziehen im Stande geweſen iſt. Demzufolge wird auch von den meiſten, vorzüglich neueren, Schriftſtellern jenes Princip als Regel des gemeinen Wechſelrechts

s) Danz a. a. O. §. 235. S. 416. Auch das Preußiſche Landrecht Th. II. Tit. 8. §. 831, verordnet, daß der Indoſſant dem Indoſſatar wechſelmäßig ſowohl für die Richtigkeit des Wechſels, als für die Bezahlung der verſchriebenen Summe zur beſtimmten Zeit, hafte.

t) Danz a. a. O. S. 417.

u) Eichhorn a. a. O. §. 134.

v) Hoeckner disp. de literarum cambialium indossamento. Lips. 1707. Cap. 3. §. 11. Runde Grundſ. des deutſchen Privatrechts. §. 235.

angenommen. v. Martens [w]) und Eichhorn [x]), als Autorität dafür zu nennen, wird ſchon hinreichen; erſterer ſtellt ohne alle Beſchränkung den Satz auf, daß der Eigenthümer des proteſtirten Wechſels ſeinen Regreß an ſeinen nächſten Vormann, oder an einen der früheren Vormänner, oder an den Ausſteller, nehmen könne, und auch letzterer nimmt es als Regel an, daß der weitere Inhaber eines Wechſels die Wahl habe, gegen welchen von beiden, den Indoſſanten oder Traſſanten, oder auch von mehreren Indoſſanten, durch deren Hände der Wechſel bis zu ihm gegangen iſt, er ſeine Regreßklage richten will. Auch Püttmann [y]) und Danz [z]) können hier als im Weſentlichen einverſtanden genannt werden, da ſie die Verbindlichkeit des Wechſelinhabers, ſich zunächſt an ſeinen unmittelbaren Indoſſanten zu wenden, nur als etwas „an vielen Orten“ Herkömmliches, als „Vorſchrift vieler Wechſelordnungen“ bezeichnen, und ſelbſt dazu nicht ein förmliches Ausklagen des nächſten Indoſſanten erfordern, ſondern es hinreichend halten, wenn der Inhaber bei demſelben ſeine Befriedigung geſucht und nicht erhalten hat. Bemerkenswerth iſt übrigens auch noch, gewiſſermaaßen als raison ecrite *), die Verordnung des Preußiſchen Landrechts [a]), daß, wenn ein Wechſel mehrmals indoſſirt iſt, der Inhaber die Wahl habe, auf welchen von den wechſelmäßig verpflichteten Vormännern er zurückgehen wolle, und auch wenn er gewählt habe, dennoch von dieſer Wahl wieder abgehen, und nach ſeinem Gutfinden einen anderen ſeiner Vormänner in Anſpruch nehmen könne, ohne ſich an die Ordnung zu binden.

Wenn man nun aber auch den bisher ausgeführten Satz als Regel des gemeinen Wechſelrechts gelten laſſen will, ſo fragt es ſich noch, ob derſelbe auch in der Anwendung ſo weit ausgedehnt werden könne, daß auch in dem Falle, wo bereits die Zahlung, jedoch nur in honorem erfolgte, der Wechſelinhaber bei ſeinem Rückanſpruch

w) Grundriß des Handels- und Wechſelrechts. §. 102.

x) Einleit. zum deutſch. Privatr. §. 132.

y) a. a. O. §. 143.

z) a. a. O. S. 420.

*) wie die Franzoſen das römiſche Recht nennen und in dieſer Eigenſchaft aushülflich benutzen.

a) Th. II. Tit. 8. §. 839. 840.

ſpruch von jenem Wahlrechte Gebrauch machen könne? — Als Zweifelsgrund ſteht der Bejahung dieſer Frage entgegen, daß durch die wirkliche Bezahlung des Wechſelbetrages das ganze Geſchäft zu ſeiner Erfüllung gediehen, mithin der ganze dadurch begründete Verbindlichkeitsnexus aufgelöst worden zu ſeyn ſcheint. Dennoch iſt die bejahende Beantwortung derſelben nicht zu bezweifeln. Bedenklicher würde dieſes ſeyn, wenn irgend ein Dritter, welcher als Intervenient zur Ehre des Wechſelausſtellers oder eines der Indoſſanten zahlte, unmittelbar ſeinen Rückanſpruch an einen der Vormänner nehmen wollte; denn dieſem Dritten könnte man entgegenſetzen, daß ihm, welcher keine Verbindlichkeit und keine Rechte aus dem Wechſelgeſchäft hatte, demſelben mithin völlig fremd war, auch nicht die eigenthümlichen Wirkungen dieſes Geſchäfts zu ſtatten kommen könnten; daher auch dieſe Frage in den Wechſelordnungen nicht gleichförmig erſchieden iſt [b]); doch nimmt nicht nur Eichhorn [c]) an, daß der, welcher zur Ehre des Traſſanten oder eines Indoſſanten zahlte, eine Klage nach Wechſelrecht ſowohl gegen den Honoraten, als im Zweifel auch gegen deſſen Vormänner, erhalte, ſondern v. Martens [d]) entwickelt auch überzeugend die Gründe dieſer Anſicht, welche er als Regel, ſo oft die Geſetze nicht das Gegentheil verordnen, aufſtellt. Um ſo mehr iſt aber in einem ſolchen Falle Demjenigen, für welchen der Dritte [e]) Zahlung leiſtete (der Honorat), zum Rückanſpruche gegen ſeine Vormänner berechtigt, da dieſe ſämmtlich ihm als Selbſtſchuldner nach Wechſelrecht, zufolge der obigen allgemeinen Grundſätze, verhaftet ſind [f]). Auch iſt der vorhin angeführte Zweifelsgrund, daß doch durch die erfolgte Zahlung das Wechſelgeſchäft zu ſeiner Endſchaft gediehen ſey, nicht ſchwer zu beſeitigen. Die Zahlung in honorem iſt nämlich der contractsmäßigen Erfüllung der Wechſelverbindlichkeit, wodurch dieſe völlig aufgelöst wurde, keineswegs gleich zu achten; ſie iſt vielmehr nur ein aushülfliches Mittel, das Unterbleiben der con-

b) v. **Martens** a. a. O. §. 112. **Eichhorn** a. a. O. §. 143. Not. e.

c) a. a. O.

d) Zuſätze zu Püttmanns Wechſelrecht. III. Ausg. §. 141. Not. b.

e) welches auch der Traſſat ſelbſt, jedoch nicht als ſolcher, ſeyn kann: **Ludovici** Einleit. z. Wechſelproceß. Cap. 4. §. 58. v. **Selchow** Grundſ. des Wechſelrechts. §. 79.

f) „Daß derjenige, zu deſſen Ehre gezahlt worden, ſeinen Regreß an ſeine Indoſſanten und den Traſſirer habe, zweifelt niemand:“ v. **Martens** zu Püttmann a. a. O.

tractsmäßigen Zahlung minder ſchädlich zu machen, indem ſie lediglich zu dem Zwecke geſchieht, den Traſſanten oder einen der Indoſſanten, welchem zu Ehren dieſelbe vorgenommen wird, gegen die Nachtheile, welche das Zurückgehen des Wechſels mit Proteſt für ihn haben würde, zu ſichern [g]), und ſeinen Credit aufrecht zu erhalten [h]). Die zu einem ſo ſpeciellen Zwecke erfolgende Zahlung läßt aber das Wechſelgeſchäft an und für ſich in allen ſeinen Wirkungen fortbeſtehen, und der Dritte, welcher eine ſolche Zahlung leiſtete, dabei gleichwohl den Wechſel wegen der nicht vom Ausſteller geleiſteten Zahlung proteſtiren ließ, tritt in dieſer Hinſicht ganz an die Stelle des Präſentanten [i]), und erwirbt ſich alle dem Inhaber eines noch nicht bezahlten Wechſels zuſtehenden Rechte [k]). Auch ändert es in dem Verhältniſſe desjenigen, welcher von ſeinem Hintermanne in Rückanſpruch genommen wird, durchaus nichts, ob der proteſtirte Wechſel, worauf er belangt wird, wirklich bezahlt worden iſt oder nicht; denn wäre dieß nicht der Fall, ſo müßte derjenige, zu deſſen Ehre nunmehr die Zahlung von dem Intervenienten geleiſtet worden, dem Wechſelinhaber, ſobald er von dieſem angegriffen würde, noch jetzt zahlen, und könnte dafür ſeinen Regreß an jeden ſeiner Vormänner nehmen, oder der Inhaber könnte auch ſelbſt einen von dieſen unmittelbar auf Zahlung belangen; eben dieſe Verbindlichkeit aber, welche dem hierauf belangten Vormanne alsdann obläge, keine andere und keine größere, wird unter obiger Vorausſetzung von demjenigen, zu deſſen Ehre die Zahlung von dem Intervenienten geſchah', und welcher, dieſen wieder befriedigt zu haben, durch den Beſitz des Wechſels und des Proteſtes nachweiſt, wider ihn geltend gemacht. Daher iſt es gewiß richtig, daß durch die bloß in honorem erfolgende Wechſelzahlung keiner der Vormänner deſſen, für welchen ſie geſchah, frei werde, dieſelben vielmehr ganz ebenſo verhaftet bleiben, wie es bei der gänzlich unterbliebenen Bezahlung des Wechſels der Fall geweſen ſeyn würde [l]).

---

g) Muſäus Anfangsgr. d. Handlungs- und Wechſelrechts. §. 229.

h) Danz a. a. O. §. 248. S. 457.

i) v. Selchow a. a. O. §. 83. Muſäus a. a. O. §. 240.

k) Krüll teutſches Privatrecht. §. 277.

l) „Qui posterioris cedentis intuitu solvit, jus consequitur adversus omnes

Was das kurheſſiſche Particularrecht über das Wechſelinſtitut im Allgemeinen verordnet, und wie unzulänglich dieſes zur Ausbildung eines geſetzlichen Syſtems des Wechſelrechts ſey, iſt oben bereits erwähnt worden. Außer der daſelbſt angeführten allgemeinen Verfügung, daß in Heſſen das Wechſelrecht gelten und darnach in vorkommenden Fällen erkannt werden ſolle, finden ſich jedoch in den Landesordnungen noch manche andere Beſtimmungen, welche allerdings dazu geeignet ſind, die Anwendung der gemeinrechtlichen Grundſätze von dem Wechſelgeſchäft genauer feſtzuſetzen und in einiger Hinſicht zu beſchränken. Nach der Contracten-Ordnung vom 9. Jan. 1732, Art. 11 [m]), ſollen die Wechſelbriefe, welche Perſonen von Diſtinction, Gelehrte, Handelsleute, Juden, auch commerciirende Bürger oder Bauern, auf ſich ſelbſt ausſtellen, oder auf einen tertium traſſiren und von demſelben acceptirt werden, in ihrem bisherigen Vigueur bleiben, und darauf acta agnitione, wozu nach erhobener Klage ein dreitägiger terminus sub omni praeiudicio zu beſtimmen, mit Verweiſung der in continenti nicht ſattſam beſcheinigten und probirten Exceptionen ad reconventionem oder separatum judicium, gegen den Ausſteller oder Acceptanten mit der Execution in paratissima oder Leibesverhaftung verfahren werden; wenn aber andere, als obermeldete Perſonen, ſonderlich Acker- oder Handwerksleute, ſo keinen Handel treiben, Wechſel ausſtellen, ſollen dieſe nicht mehr, als eine gemeine Recognition, gelten. Die Judenordnung vom 12. Aug. 1739, Art. 28 [n]), verfügt: die Wechſelbriefe betreffend, ſo laſſen Wir dieſe durchgehends, ob auch gleich der Ausgeber ſolche auf ſich ſelbſt geſtellt, zu, und ſollen ſelbige zwar paratam executionem haben, jedoch einzig und allein zwiſchen Juden und Juden, ſodann Juden und denjenigen Chriſten, welche Handlung treiben oder ihre fabricirte Waare öffentlich verkaufen, oder auch welche keine gemeine Bürger und Bauern ſind, ſondern ratione ihrer Perſon unter unſeren nachgeſetzten Collegiis ſtehen, gelten, weiter aber nicht zugelaſſen werden. Die Proceßordnung vom 5. Sept 1745, Art. 26. 27 [o]) be-

praecedentes; hi enim in nexu manent, non secus, ac simplici tantum protestatione interposita:" Thomasius (resp. Franck) diss. de jure adimplementi literarum cambialium honoris causa. Hal. 1715. §. 38.

m) Samml. d. Landesordn. Th. IV. S. 87.

n) Ebendaſelbſt. IV, 595.

o) Ebendaſ. IV, 899.

ſtimmt die Vorſchrift der Contractenordnung wegen des dreitägigen Termins näher dahin, daß nach deſſen fruchtloſer Verſtreichung, wenn bei der Sache noch ein Anſtand ſey, keinesweges ein ordentlicher Proceß veranlaßt, ſondern dem Ausſteller des Wechſelbriefes nur ſo viel Zeit, als ihm über die geſetzten 3 Tage nöthig ſey, zum Erſcheinen nachgelaſſen, und derſelbe nach erfolgter Agnition, mit Verweiſung der illiquiden Einreden ad separatum, zur Zahlung angehalten werden ſolle. In der Judenordnung vom 21. Jan. 1749, Art. 22 [p]), wird zwar die obige Stelle der früheren von 1739 beſtätigt, jedoch mit dem weiteren Zuſatze, daß jedesmal der Ausſteller des Wechſels wenigſtens bekenne, daß er die Valuta an baarem Gelde empfangen habe. Ein fürſtliches Reſcript vom 3. Decemb. 1751 [q]) rügt die öfters unterbleibende Befolgung der Verordnung von 1732, und ſchreibt vor, daß in allen Wechſelſachen von Anfang bis zu Ende, von 3 zu 3 Tagen, oder den nächſten und folgenden Gerichtstag, verfahren, und, wenn vorher eine Inſinuation zu beſcheinigen ſey, bloß die hierzu erforderliche Zeit nach Ermäßigung des Richters zugegeben, und im Uebrigen beſagte Verordnung, ohne das Geringſte davon abzuthun, geraden Weges befolgt werden ſolle. Nach der Verordnung vom 17. März 1767, Art. 5 [r]), ſollen die Wechſelſachen vorzüglich zur Entſcheidung befördert werden. Die neueſte Verordnung endlich, welche der Wechſelſachen gedenkt, vom 6. Jul. 1770, §. 15, N. V. und VIII. [s]), wiederholt nur die Verfügung wegen Anſetzung eines dreitägigen Termins, und ſchreibt vor, daß, wenn der Wechſel agnoscirt, und keine ſolche Exceptionen, welche in continenti darzuthun ſtehen, vorgeſchützt worden, die Sache (in erſter Inſtanz) regulariter in 8 Tagen zu Ende ſeyn müſſe; zugleich wird die Introductions- und Exhibitions-Friſt auf 14 Tage, mit Zulaſſung nur einmaliger Prorogation auf eben ſo lange, zugelaſſen. Sodann findet ſich noch, als beſondere Inſtruction für das bloß während der Caſſelſchen Meſſe als Handelsgericht fungirende Commerzcollegium [t]), die landesherrliche Verfügung, daß von demſelben in vorkommenden

p) Ebendaſ. IV, 1016.
q) Ebendaſ. V, 34.
r) Ebendaſ. VI, 404.
s) Ebendaſ. VI, 583. 584.
t) Kopp Handbuch. Th. II, S. 377. Nach der veränderten Gerichtsverfaſſung von 1821 verſieht das Stadtgericht die Stelle des ehemaligen Commerzcollegiums in dieſer Function.

Kaufmanns= und anderen das Commercium betreffenden Streitigkeiten nach der zu Frankfurt am Main im Jahre 1739 ausgelaſſenen Wechſelordnung ſo lange geſprochen werden ſoll, bis man hierſelbſt auf weitere Veranlaſſung eine beſondere Wechſelordnung aufſtellen und publiciren laſſen werde [u]).

Aus dieſen geſetzlichen Verfügungen ergiebt ſich mittelſt logiſcher Folgerung das nachſtehende Reſultat: 1) das kurheſſiſche Recht erkennt den Wechſel als eignen, von dem einfachen Schuldſcheine weſentlich unterſchiedenen, Verbindlichkeitsgrund an, wie dieß alle die obigen Beſtimmungen ſchon durch ſich ſelbſt vorausſetzen; 2) dieſer eigenthümliche Verbindlichkeitsgrund iſt ihm zugleich ein weit ſtrengerer, als der aus dem einfachen Schuldſcheine, indem es gewiſſe des Rechtes unkundige und minder behutſam handelnde Perſonen von der wechſelmäßigen Verpflichtung dadurch ausnimmt, daß es die von ſolchen wirklich ausgeſtellten Wechſel auf die Eigenſchaft einer gemeinen Recognition beſchränkt; 3) die kurheſſiſche Geſetzgebung ſanctionirt auch ein beſonderes Wechſelrecht, als Entſcheidungsnorm für materielle Grundſätze, für welche das gemeine Civilrecht nicht als Quelle ausreicht; ſie giebt aber 4) dieſem Wechſelrechte nicht ſelbſt eine poſitive Grundlage, und namentlich iſt dafür nicht die frankfurtiſche Wechſelordnung zu halten, indem dieſe nur als Entſcheidungsnorm für ein beſtimmtes Particulargericht und nur für die während der Meſſen vorkommenden Wechſelfälle, alſo inſonderheit für den unmittelbaren Verkehr mit den die Meſſe beſuchenden Fremden, genehmigt worden iſt; woraus gleichwohl die Andeutung zu entnehmen iſt, daß für zweifelhafte Fälle, bei denen ohne poſitive Norm nicht auszureichen ſteht, der Geſetzgeber ſich vorzugsweiſe an jene habe anſchließen wollen; daher dieſelbe als beſonders dazu geeignet erſcheint, den auf dem Wege der Abſtraction aus der Natur des Geſchäfts und aus allgemeinen Principien gefundenen Rechtsſätzen zur Beſtätigung zu dienen; 5) das kurheſſiſche Recht begründet auch einen eignen Wechſel=Proceß, jedoch nur als beſonders privilegirte Gattung des gemeinrechtlichen Executiv=Proceſſes, ohne die Wechſel=Strenge im eigentlichen Sinne, oder das mit dem Per=

u) L. O. VI, 90. 119. — Auch in dem Fürſtenthum Hanau ſoll, nach der daſigen Hofgerichtsordnung, Art. 36. §. 192., ſo lange, bis eine beſondere Wechſelordnung ergehen werde, die zu Frankfurt a. M. übliche dafür geachtet, und in vorkommenden Fällen beobachtet werden.

ſonalarreſte des Wechſelſchuldners beginnende Verfahren, indem die Verordnung von 1732 der Leibeshaft nur neben der Execution in paratissima gedenkt, und nach allgemeinen Auslegungsregeln ſo verſtanden werden muß, daß in den gewöhnlichen Fällen jene erſt, nachdem dieſe fruchtlos verſucht worden, ſtatt finde. — Demnach kann man wohl annehmen, daß in Kurheſſen das Nämliche in Anſehung des Wechſelinſtitutes Anwendung finde, was v. Bülow und Hagemann [v]) von den Braunſchweig-Lüneburgſchen Landen bezeugen, daß nämlich „keine Wechſelſtrenge gilt und der eigentliche Wechſelproceß daſelbſt nicht angenommen iſt; allein dieſer Umſtand der Anwendbarkeit ſolcher Entſcheidungsgründe nicht entgegen ſteht, welche aus der Natur des Wechſelcontracts und dem Weſen des Wechſelgeſchäfts entſpringen und abgeleitet werden müſſen.“

Auch bei dem Oberappellationsgerichte ſind öfters Fälle vorgekommen, wo außer denjenigen Grundſätzen, welche zunächſt dem durch die obigen Verordnungen näher beſtimmten proceſſualiſchen Verfahren angehören [w]), auch ſolche materielle Rechtſätze, welche abweichend von dem gemeinen Civilrechte, das Wechſelrecht zur eigenthümlichen Quelle haben, zur Anwendung gebracht worden ſind; namentlich: daß es bei Wechſeln der ſonſt bei Schuldſcheinen erforderlichen Angabe einer causa debendi nicht bedürfe, indem dieſe vielmehr ſchon in der feierlichen Wechſelform und dem Bekenntniſſe der erhaltenen Valuta liege [x]); ferner, daß aus dem Indoſſament die Verbindlichkeit des Einſtehens für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners folge [y]), u. d. m. Ganz vorzüglich beweiſend für die ganze obige Ausführung, ſowohl im Allgemeinen, als in der ſpeciellen Anwendung auf Kurheſſen, iſt aber der nachſtehende erſt neuerlich bei dem Oberappellationsgerichte entſchiedene Fall.

---

v) practiſche Erörterungen. B. V. N. 2. §. 2.

w) z. B. welche Einreden der Wechſelklage entgegen geſetzt werden können, und ob dieſes inſonderheit mit der exceptio non numeratae pecuniae der Fall ſey? welche Beweismittel im Wechſelproceſſe ſtatt finden, und ob inſonderheit die Eideszuſchiebung? wie es mit der cautio pro reconventione zu halten ſey? u. ſ. w. *Decisiones.* T. I. dec. 50. T. II. dec. 175. 248. 266.

x) Oberappellationsgerichts-Decret vom 23. Jun. 1821, in S. Lennep g. Völkel.

y) Oberappellationsgerichts-Decret vom 22. April 1820, in S. Heinemann g. Goldſchmidt.

Iſaac F. zu Naumburg ſtellt am 31. Jan. 1823 einen auf das Wechſelhaus R. und Comp. zu Leipzig gezogenen, nach 3 Monaten zahlbaren, Wechſel an die Ordre des Selig Moſes F. zu Naumburg aus. Dieſer indoſſirt ſolchen an Manaſſus F. zu Frankfurt, und letzterer weiter an N. M. u. Comp. daſelbſt, welche ſolchen durch ein Indoſſament vom 7. April deſſelben Jahrs auf Iſaac M. übertragen. Nachdem die Acceptation von den Bezogenen, als ſolchen, verweigert, jedoch, nach erfolgtem Proteſt, zu Ehren und für Rechnung des Giranten N. M. u. C., der Nothadreſſe gemäß, bewirkt worden war, indoſſirt Iſaak M. den ſolchergeſtalt acceptirten Wechſel weiter auf H. u. H., denen jedoch die Bezogenen, als ſolche, die Zahlung verweigern und die Proteſtaufnahme geſchehen laſſen, ſodann aber, der von ihnen bewirkten Acceptation gemäß, zu Ehren und für Rechnung der Giranten N. M. u. C. den Wechſelbetrag auszahlen.

Als hierauf der proteſtirte Wechſel dem Indoſſanten dieſer letzteren, Manaſſus F., zur Wiedereinlöſung präſentirt werden ſoll, dieſe aber, wegen Abweſenheit deſſelben von ſeinem Wohnorte und wegen Mangels deßhalb geſtellter Ordre, nicht erlangt werden kann, wenden ſich, nach hierüber weiter aufgenommenem Proteſt, die dermaligen Inhaber des Wechſelbriefes, N. M. u. C., an den jenem zunächſt vorhergehenden Indoſſanten Selig Moſes F., und klagen, bei deſſen Weigerung, gegen ihn auf Erſtattung des Wechſelbetrages nebſt Zinſen und Koſten nach einer aufgeſtellten Retourrechnung.

Der Verklagte erkennt in dem hierzu angeſetzten kurzen Termine den Wechſel und das von ihm herrührende Indoſſament an, ſchützt aber die Einrede der Ordnung und des unrichtig gewählten Verklagten vor, indem er nicht den Klägern, ſondern nur ſeinem Indoſſatar, Manaſſus F., verhaftet ſey, und jene ſich lediglich an dieſen, als ihren Indoſſanten, zu halten hätten; vorläufig wolle auch er den Wechſel wegen Mangel an Dekkung proteſtiren, als wozu er eben ſowohl, wie ſeine Hintermänner, welche das Nämliche gethan hätten, berechtigt ſey.

Als die Kläger die vorgeſchützte Einrede hier um ſo mehr für unſtatthaft erklären, weil der Manaſſus F. nicht habe angegriffen werden können, rügt der Verklagte noch den Mangel einer gehörigen Nachweiſung des Umſtandes, daß der Manaſſus F. nicht anzutreffen geweſen ſey;

wird jedoch, mit Vorbehalt ſeiner Rechte gegen den Wechſelausſteller und den Manaſſus F., ſchuldig erkannt, den Klägern die Wechſelſumme, nebſt Zinſen ſeit dem Tage

der von den Bezogenen für dieſelben geleiſteten Zahlung, auch Koſten und Schäden, zu entrichten.

In der Appellationsinſtanz macht der Verklagte mehrere neue Gründe geltend, indem er daſelbſt eine dreifache Beſchwerde ausführt; nämlich 1) daß ein Wechſelverfahren gegen ihn zugelaſſen worden ſey, obgleich das kurheſſiſche Particularrecht ein ſtrenges Wechſelrecht und Wechſelproceß nicht kenne, und nur ausnahmsweiſe bei Meßwechſeln eine fremde Wechſelordnung aufgenommen habe, auch überhaupt dem Inhaber des Wechſels nur gegen den Ausſteller und den acceptirenden Bezogenen eine Wechſelklage gebe; überdieß aber er, da er keinen Handel treibe, nicht zu den Perſonen gehöre, welche ſich dem Wechſelrechte unterwerfen könnten; 2) daß die wider ihn erhobene Klage nicht als unzuläſſig verworfen worden ſey, da doch, bei nicht anwendbarem ſtrengen Wechſelrechte, das Indoſſament für eine bloße Ceſſion anzuſehen, alſo der Ceſſionar lediglich an ſeinen Cedenten ſich zu halten befugt ſey, und ſelbſt, wenn man ein gemeines teutſches Wechſelrecht unterſtellen wollte, auch darnach ein Wechſelinhaber ſeinen Regreß nur gegen den nächſten, von welchem der Wechſel auf ihn gekommen ſey, nehmen, und erſt dann, wenn er von dieſem nichts zu erhalten vermöge, in rückgängiger Ordnung gegen die übrigen Indoſſanten vorſchreiten könne; hierzu aber der, ohnehin ganz unbeſtimmte, Proteſt gegen Manaſſus F. nicht hinreiche, vielmehr ein wirkliches Ausklagen erfordert werde; 3) daß er nicht mit einer weiteren Einlaſſung, nachdem die als proceßhindernd vorgeſchützte Einrede der unſtatthaften Klage verworfen worden, noch gehört ſey, wo er dann die Einreden der fehlenden Activ-Legitimation, der von ihm nur bedingungsweiſe geſchehenen Ceſſion, und der nicht empfangenen Valuta, würde vorgeſchützt haben, die er nun mittelſt der Appellationswohlthat nachhole.

Das Obergericht zu Caſſel erkannte jedoch beſtätigend aus folgenden Entſcheidungsgründen: daß, zur erſten Beſchwerde, ein Wechſelverfahren nach heſſiſchen Verordnungen nicht unterſagt, ſondern darin das Wechſelrecht und der Wechſelproceß, und zwar namentlich gegen Juden, auch commerciirende Bürger und Bauern, ausdrücklich für gültig erklärt, und dabei das Indoſſament als ein mit dem Wechſel in Verbindung ſtehendes Rechtsgeſchäft keinesweges ausgeſchloſſen ſey; — daß hiernach auch, zur zweiten Beſchwerde, die Behauptung, es ſey das Indoſſament nur als eine Ceſſion zu beurtheilen, als grundlos erſcheine, nach gemeinem Wechſelrechte aber, und inſofern nicht beſondere Wechſelordnungen ein Anderes verfügen, der Eigenthümer des Wechſels gegen den nächſten, oder einen

der

der frühern Vormänner nach ſeiner Wahl, den Regreß habe, mithin die Einwendungen gegen den zu Frankfurt aufgenommenen, hiernach als überflüſſig ſich darſtellenden, Proteſt keine Rückſicht verdienten; — daß zur dritten Beſchwerde, nachdem in dem zur Agnition des Wechſels angeſetzten Termine dieſer anerkannt worden, eine beſondere Aufforderung zum Vorbringen von Einreden proceßwidrig geweſen ſeyn würde, überdem auch die in dieſer Inſtanz noch vorgeſchützten Einreden ſofort als ungegründet ſich darſtellen, indem die Legitimation der Kläger zur Sache nach den vorgelegten Urkunden, und vermöge des Beſitzes des Wechſels, für berichtigt zu halten ſey, und etwaige Einreden, welche dem Verklagten aus beſonderen Verhältniſſen gegen ſeinen Indoſſatar zuſtehen möchten, den Appellaten nicht entgegen geſetzt werden könnten.

Bei dem Oberappellationsgerichte, an welches hierauf die Sache durch des Verklagten weitere Berufung gedieh, kam, neben genauerer Erörterung der in dem Obergerichts-Erkenntniſſe enthaltenen Gründe, noch beſonders die Frage, als Zweifelsgrund, in Erwägung, ob nicht etwa in Kurheſſen das Wechſelinſtitut nur in ſeinen ganz einfachen Elementen und dergeſtalt aufgenommen ſey, daß das Wechſelrecht zunächſt nur auf eigene Wechſel, und bei traſſirten wenigſtens nur auf die Verhältniſſe zwiſchen dem Traſſanten, dem Traſſaten, und dem Präſentaten, Anwendung finde, hingegen die ſchon etwas künſtlicheren Verhältniſſe, welche das Indoſſament und andere dergleichen Verabredungen und Vorgänge mit ſich führen, nicht an und für ſich als wechſelrechtliche Verhältniſſe anzuſehen, vielmehr nur vermöge beſonderer geſetzlichen Beſtimmung anwendbar ſeyen? — Für dieſe Anſicht ließe ſich ſchon der allgemeine Grund geltend machen, daß namentlich die Indoſſamente früherhin in manchen Staaten theils ganz verboten, theils wenigſtens nur mit Einſchränkungen zugelaſſen waren [z]); die kurheſſiſchen Particularnormen aber ſcheinen dieſelbe noch mehr zu begünſtigen. So redet die Verordnung von 1732 ausdrücklich nur von Wechſeln, welche die als wechſelfähig bezeichneten Perſonen auf ſich ſelbſt ausſtellen oder auf einen tertium traſſiren und von demſelben acceptirt werden, und verordnet die Execution nur gegen den Ausſteller oder Acceptanten; auch das Reſcript von 1751 erwähnt nur dieſe Beiden als Beklagte; und die Proceßordnung gedenkt ſogar nur des Ausſtellers, als welcher zur Zahlung angehalten werden ſolle. Außerdem erhält jene Anſicht noch einige Unterſtützung durch eine

z) FRANCK instit. jur. camb. Lib. I. sect. 2. tit. 5. §. 5. 6.

Stelle der gedruckten Deciſionen *), wo behauptet wird, daß das Indoſſament in Heſſen nach den Grundſätzen des gemeinen Rechts von der Ceſſion zu beurtheilen ſey. — Doch entſchied man ſich leicht für die gegentheilige Meinung, hauptſächlich aus dem Grunde, weil in der landesherrlichen Reſolution vom Jahre 1723 das Wechſelrecht überhaupt, und ohne Unterſchied, als in Heſſen gültig anerkannt wird, zu damaliger Zeit das Wechſelinſtitut in allen ſeinen Theilen und mit allen ſeinen Nebeninſtituten längſt ausgebildet, auch namentlich das Indoſſament damals ſchon ſo allgemein gebräuchlich war, wie es jetzt iſt, und nicht vorausgeſetzt werden kann, weder daß man dieſes Nebeninſtitut, ohne welches das Wechſelinſtitut ſelbſt dem Handel nur ſehr unvollkommenen Nutzen gewähren würde, habe ausſchließen wollen, noch daß der Regierung, auf deren Antrag jene Reſolution ergangen iſt, der Umfang des Wechſelrechts ſo unbekannt geweſen ſey, daß ihr Antrag ſich nur auf eigene Wechſel, und auf das Verhältniß zwiſchen Ausſteller, Acceptant und Präſentant bei traſſirten, beſchränkt haben ſollte; daher nicht anders zu glauben iſt, als daß das Wechſelrecht in dem ganzen Umfange und mit allen Nebeninſtituten, wie es damals überhaupt in den teutſchen Staaten ſich befand, eingeführt worden ſey. Da überdieß auch die anſcheinende Beſchränkung deſſelben in der Contractenordnung ſich einestheils daraus erklärt, daß Ausſteller und Acceptant allerdings als die Hauptſchuldner bei dem Wechſelgeſchäft zu betrachten ſind, anderntheils aber dadurch das Indoſſament um ſo weniger ausgeſchloſſen wird, als der Indoſſant wie ein Wechſel-Ausſteller zu betrachten iſt, endlich aber die angezogene Stelle aus den Zweifels-Gründen einer Deciſion, die nicht einmal auf die damalige Entſcheidung von Einfluß geweſen iſt, über die Gültigkeit eines ſo frequenten Rechtsinſtituts, wie das Wechſelgeſchäft iſt, nicht entſcheiden kann; ſo iſt, jener anſcheinenden Gegengründe ungeachtet, anzunehmen, daß das Wechſelrecht in Kurheſſen in ſeinem ganzen Umfange gelte, und daß als ſolches, in Ermangelung einer allgemein gebilligten poſitiven Norm, diejenigen Grundſätze anzuwenden ſeyen, welche aus der Uebereinſtimmung der Wechſelordnungen und Gebräuche der bedeutenderen Handelsorte und Staaten gezogen und von den als bewährt anerkannten Schriftſtellern über das teutſche Privat- und insbeſondere Handels- und Wechſelrecht vorgetragen ſind, indem gerade dieſes Wechſelrecht, wie es ſich ſolchergeſtalt zu einem zuſammenhängenden Syſtem ausbildet, für dasjenige gehalten werden muß, auf deſſen geſetzliche Sanctionirung die Regierung im Jahre 1723 angetragen und welches dieſe auch wirklich erhalten hat.

So viel nun die Hauptfrage, welche in dem vorgetragenen Rechtsfalle zur Entſcheidung

*) T. II. dec. 266. n. 6.

gekommen iſt, betrifft, darf es nicht unbemerkt bleiben, daß dieſe Entſcheidung, ſo wie ſie in allen drei Inſtanzen erfolgt iſt, im Weſentlichen auch mit der frankfurter Wechſelordnung übereinſtimmt, was nach dem Obigen nicht ganz ohne Erheblichkeit iſt. — Das von dem Oberappellationsgerichte am 5. April 1824 ausgeſprochene Erkenntniß iſt nachſtehenden Inhalts:

„In Erwägung, daß der Appellant die Entſcheidungsgründe der vorigen Inſtanz zu widerlegen nicht vermocht hat,

und daß inſonderheit zur dritten Beſchwerde, da die Appellaten ihrem Indoſſanten den Werth des Wechſels in Rechnung vergütet haben, und die unter Proteſt erfolgte Acceptation und Bezahlung deſſelben ebenfalls auf ihre Rechnung geſchehen iſt, ſie ohne Zweifel befugt ſind, ſich wegen des Werths des Wechſels und der durch deſſen Proteſtation verurſachten Koſten an den Appellanten, als vorderen Indoſſanten, zu halten;

werden die vom Procurator R. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

XII.

Die Rechtsſtreitigkeiten der Juden werden, auch wenn ſie die Erbfolge oder eheliche Vermögensrechte derſelben zum Gegenſtande haben, nach dem gemeinen Rechte entſchieden.

Judaei communi romano jure viventes in his causis, quae non tam ad superstitionem eorum, quam ad forum et leges et jura pertinent, adeant solenni more judicia, omnesque romanis legibus conferant et excipiant actiones! So verfügten ſchon, ohne alle weitere Einſchränkung, außer in Anſehung der auf den religiöſen Glauben unmittelbar ſich beziehenden Gegenſtände [a]), die Kaiſer Arcadius und Honorius in l. 8. C. *de judaeis.* Auch in Teutſchland iſt man dieſem Grundſatze treu geblieben, indem ſchon nach der Gloſſe zum Sächſiſchen Landrechte [b]) die Juden im Ganzen nach dem gemeinen (kaiſerlichen) Rechte beurtheilt werden [c]), und nach einer Verordnung des Kaiſers Rudolf II. vom Jahre 1582 die gemeine Jüdiſchheit ſich gemeiniglich in allen Fällen, darin keine Fürſehung geſchehen, nach den kaiſerlichen und des römiſchen Reichs gemeinen Rechten gebrauchen mag und ſoll [d]). — Ueber die heutige Anwendbarkeit dieſes Grundſatzes in ſeiner vollen Allgemeinheit herrſcht aber unter den Rechtsgelehrten eine eben ſo große Verſchiedenheit der Meinungen, als über die einzelnen Modificationen ſeiner Anwendung unter der Vorausſetzung, daß derſelbe nicht unbedingt

a) Dieſe Gegenſtände bezeichnet noch genauer durch den Gegenſatz die l. 15. §. 6. D. *de excusat.* in den Worten: per quae *cultus* inquinari videtur.

b) B. III. Art. 2.

c) Eichhorn deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte. B. II. §. 350. Not. c.

d) Madihn Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. B. I. S. 200.

zur Anwendung komme. Darin zwar ſtimmen alle überein, daß als Regel anzunehmen ſey: auch die Juden ſind in ihren bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten nach dem gemeinen Rechte zu beurtheilen [e]); allein mehrere, beſonders ältere, Schriftſteller beſchränken dieſe Regel durch ſehr erhebliche Ausnahmen, indem ſie dieſelbe entweder auf alle Streitigkeiten der Juden unter ſich, oder wenigſtens auf Eheſachen überhaupt und auf die Erbfolge, ganz unanwendbar halten, dergleichen Streitigkeiten vielmehr nur einer Entſcheidung nach dem moſaiſchen Geſetze und anderen den Juden eigenthümlichen Rechtsnormen unterwerfen wollen. In Anſehung aller Rechtsſtreitigkeiten der Juden unter ſich nehmen dieſes namentlich an: Beck, Hofacker und Dabelow [f]); in Anſehung der Erbfolgeſtreitigkeiten überhaupt, außer den eben genannten Schriftſtellern, noch Eſtor [g]), Wiederhold [h]), Leyſer [i]), Thiel [k]) und Runde [l]), welche mehrentheils auch die Eheſachen, als auf das Ceremonialweſen der Juden ſich beziehend, ausnehmen. Den Ungrund aller dieſer Ausnahmen, inſofern von rein bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten die Rede iſt, haben dagegen, nach dem Vorgange der beiden Böhmer in den genannten Schriften, näher auseinander zu ſetzen geſucht, vorzüglich Eichmann und Glück [m]), deren letzterer inſonderheit

e) J. H. Böhmer jus eccl. prot. Lib. V. Tit. 6. §. 57. 59. Beck de juribus judaeorum. Cap. IV. G. L. Böhmer de off. et pot. rabbini. §. 3; in elect. T. III. p. 412. Gatzert de judaeorum juribus. §. 7. Pufendorf observ. jur. univ. T. I. obs. 195. Eichmann Erklär. d. bürgerl. Rechts. Th. I. S. 77. Thiel princ. jurispr. judaicae. §. 29. Hpfaker princ. jur. civ. T. I. §. 343. seq. Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle. B. II. Abh. 29. Dabelow Handb. d. römiſch-deutſchen Privatrechts. B. II. §. 412. Glück Erläut. d. Pandecten. Th. I. §. 23. Schweppe röm. Privatrecht. §. 70.

f) an den angeführten Stellen. Dieſer Meinung ſcheint auch Schröter in den verm. juriſt. Abhandlungen. B. I. S. 107, obwohl mehr im legislatoriſchen Sinne, beizupflichten.

g) teutſche Rechtsgelahrtheit. B. II. §. 2935.

h) diss. de judaeis. §. 8.

i) medit. ad Pand. spec. 421. corr. 1.

k) l. c. §. 30.

l) Grundſ. d. deutſch. Privatrechts. §. 644. Not. a.

m) an den angef. Stellen.

als Reſultat angiebt: daß in bürgerlichen Rechtsſachen, z. B. Eheſachen (mit Ausnahme der dem jüdiſchen Ritual überlaſſenen äußeren Form), desgleichen bei Teſtamenten, Succeſſionsfällen, Vormundſchaften, Verträgen u. ſ. w., die Juden nach den gemeinen Rechten, und den Geſetzen des Landes, in welchem ſie wohnen und den Schutz genießen, ſich zu richten ſchuldig ſeyen, ſie mögen nun entweder unter ſich ſelbſt oder mit den Chriſten es zu thun haben. Gegen die Anwendung des moſaiſchen Rechts auf Erbfolgeſtreitigkeiten erklären ſich außerdem noch Hommel[n]) Hagemann[o]) und Madihn[p]); wobei es ſich übrigens von ſelbſt verſteht, daß die in den jüdiſchen Ehepacten gewöhnlichen Abweichungen von der civilrechtlichen Erbfolge in ſo fern vertragsmäßige Verbindlichkeit haben[q]), als dadurch die Grenzen der den Privatperſonen überhaupt geſtatteten Autonomie nicht überſchritten werden. Das Neueſte, was uns die Literatur über den Gegenſtand dieſes Aufſatzes darbietet, iſt endlich eine Aeußerung Eichhorn's in der Einleit. zum deutſch. Privatrecht[r]), wo er annimmt, daß die Anwendung der auf bürgerliche Verhältniſſe Bezug habenden Beſtimmungen des jüdiſchen Rechts nicht nur dann ausgeſchloſſen ſey, wenn Streitigkeiten zwiſchen Chriſten und Juden zu entſcheiden ſind, es wäre denn, daß deren Nichtbeachtung einen bei jeder geduldeten Religionsparthei widerrechtlichen Zwang in Religionsſachen enthalten würde, ſondern auch bei Streitigkeiten der Juden unter einander, wenn dieſe vor dem ordentlichen Richter angebracht werden, und nicht etwa das gemeine bürgerliche Recht ſelbſt einzelne Verhältniſſe nach den Grundſätzen jeder Religionspartheí beurtheilt (wie die Form der Ehe), oder durch autonomiſche Diſpoſitionen die Anwendbarkeit des jüdiſchen Rechts beſonders begründet wird. Ausnahmsweiſe läßt er ſodann die Entſcheidung nach jüdiſchem Rechte bei Streitigkeiten der Juden unter ſich in dem Falle zu, wenn dieſe vor den Rabbiner, als Schiedsrichter, gebracht werden, was im We-

n) rhapsod. quaestion. Vol. IV. obs. 556.

o) practiſche Erörterungen. B. V. N. 23.

p) a. a. O. S. 198.

q) Cramer Nebenſtunden. Th. 96. Abh. 3. Hofmann teutſches Eherecht. §. 35. S. a. Hagemann a. a. O. Th. VII. N. 71.

r) §. 82.

ſentlichen mit der Darſtellungsweiſe G. L. Böhmer's [s]) übereinſtimmt. Dieß iſt auch gewiß die ganz richtige Anſicht von der Sache, wogegen der für die unbedingte Ausnahme aller Rechtsſtreitigkeiten der Juden unter einander vom gemeinen Rechte von den Vertheidigern derſelben angenommene Grund, daß in Anſehung der privatrechtlichen Verhältniſſe der Juden die beſonderen Geſetze und Gewohnheiten des jüdiſchen Volkes gleichſam als Statuten, oder Herkommen einer gewiſſen Claſſe von Perſonen, dem gemeinen Rechte derogirten, offenbar auf einem ganz unrichtigen Begriffe von den Geſellſchaftsrechten der jüdiſchen Gemeinheit beruhet, da mit dem Untergange des jüdiſchen Staates auch die Wirkſamkeit der Geſetze dieſes Volks, inſoweit ſie ſich nicht auf deſſen Religion beziehen, ihr Ende fand, und, wenn gleich die Juden in den Staaten, worin ſie leben, eine beſondere Gemeinheit bilden, dieſe jedoch nur eine kirchliche iſt, welche daher auch nur in Beziehung auf ihre Religion und deren Ausübung ein eignes Recht haben kann.

In Kurheſſen iſt ſeit 1625 den Juden die Beſtellung eines eignen Rabbiners geſtattet [t]), und deſſen Beſtätigung durch den Landesherrn mit der näheren Beſtimmung ertheilt worden, daß derſelbe weiter nicht, als zwiſchen ihnen Juden zu richten und zu ſchlichten nach ihrem moſaiſchen Gehorſam und Zwangsmitteln gleich anderen Rabbinern ermächtigt ſeyn ſolle [u]). In einer ſpäteren Confirmation von 1665 wird jene dahin erläutert, daß gedachter Rabbiner zwiſchen ihnen Juden nach ihrem moſaiſchen Gehorſam und Zwangsmitteln, wie andere Rabbiner im römiſchen Reiche, ohne einigen Unterſchied insgemein in allen Sachen, und alſo auch, der kündlichen Obſervanz und dem Herkommen in dieſem Fürſtenthume gemäß, in Civil- und Schuldſachen, ſonder Jemandes Beeinträchtig- und Verhinderung, zu erkennen, zu richten und zu ſchlichten, bemächtigt ſeyn ſolle [v]). Dieſe Verfügung iſt auch im Jahre 1679 weiter beſtätigt, und dabei als eine den judenſchaftlichen Rabbiner und deſſen Erkenntniß, auch Schlicht- und Richtung in

s) l. c. §. 21. sqq.

t) Samml. der Landesordn. B. II. Vorb. §. 108.

u) Ebendaſ. S. 621.

v) Ebendaſ. S. 626.

Civil- und Schuldſachen nach dem moſaiſchen Geſetze, betreffende Conceſſion ausdrücklich bezeichnet worden [w]). Die neueren Judenordnungen, inſonderheit die vom 12. Aug. 1739, §. 16 — 21 [x]), und vom 21. Jan. 1749, §. 13 — 18 [y]), enthalten mehrere ſpecielle Beſtimmungen über die Competenz des Rabbiners, und die letztere inſonderheit ſetzt feſt, daß die in Schutz genommenen Juden zwar, wenn ſie unter ſich oder mit ausländiſchen ihrer Ceremonien halber zu thun haben, durch ihren Rabbiner, vorbehaltlich der Appellation an die Regierungen, entſcheiden zu laſſen Macht haben ſollen, dem Rabbiner auch, wenn ein Jude den anderen actione personali belangt, deren Schlicht- und Richtung Inhalts der fürſtlichen Conceſſionen von 1665 und 1679 bis auf anderweite Verordnung geſtattet werde, dagegen aber nicht nur die Obſignation und Inventariſation der jüdiſchen Verlaſſenſchaften, die Bevormundung der Juden, und die Beſtätigung der bei ihren Eheſtiftungen gewöhnlichen Verſchreibungen, ſo wie anderer deren Erbſchaften angehenden Inſtrumente, von des Orts Beamten vorgenommen, ſondern auch, ſoviel die actiones reales oder auf den Gütern haftenden onera betrifft, vor der ordentlichen Obrigkeit, wo die Güter gelegen, geklagt werden ſolle. — In Gemäßheit dieſer letzten Beſtimmungen hat ſodann das Oberappellationgericht erkannt, daß die Juden in ihren Erbſchafts- und Succeſſions-Streitigkeiten nicht nach ihren eignen, ſondern nach den bürgerlichen gemeinen Rechten und Landesgeſetzen, gerichtet werden [z]). Und wenn gleich durch ein in der Sammlung der Landesordnungen *) abgedrucktes Regierungs-Reſcript vom 28. Octob. 1782 verfügt worden, daß bei dem Ableben einer jüdiſchen Ehefrau die Aufſtellung eines Inventars nicht nöthig ſey, weil vermöge eines Atteſtats des Landrabbiners die Nachlaſſenſchaft einer ſolchen ihrem Manne eigenthümlich zufalle; ſo iſt doch hieraus eine geſetzliche Abänderung des obigen Grundſatzes nicht zu folgern, weil 1) dergleichen Reſcripte durch die bloße Aufnahme in jene Sammlung keine Geſetzeskraft erlangen, auch

w) Ebendaſ. B. III. S. 112.

x) Ebendaſ. B. IV. S. 591 ff.

y) Ebendaſ. S. 1014. ff.

z) *Decisiones*. T. II. dec. 313. — Auf dergleichen Streitigkeiten zwiſchen Juden und Chriſten angewendet: *Ibid.* dec. 314.

*) B. VI, S. 1090.

auch 2) aus dem hier vorliegenden Reſcript die beſonderen factiſchen Verhältniſſe nicht zu erſehen ſind, und 3) ſich in eben jener Sammlung [a]) ein neueres Regierungs-Reſcript, vom 22. Jun. 1790, abgedruckt findet, wodurch dem Landrabbiner aufgegeben wird, einen zur zweiten Ehe ſchreitenden Juden nicht eher zu copuliren, bis derſelbe ein Inventar über das zurückgelaſſene Vermögen ſeiner erſten Ehefrau errichtet habe; wodurch, wenn man beide als allgemeine Verfügungen betrachten wollte, jenem erſteren offenbar derogirt ſeyn würde. — Durch die Verordnung vom 14. Mai 1816 [b]), welche den Juden, als Staatsbürgern, im Ganzen gleiche Rechte mit den übrigen Unterthanen ertheilt, iſt nun inſonderheit auch der Wirkungskreis des Landrabbiners ausſchließend auf kirchliche Verrichtungen beſchränkt, und demſelben jede Ausübung von Gerichtsbarkeit unterſagt, den jüdiſchen Glaubensgenoſſen aber, gleich den übrigen amtsſäſſigen Unterthanen, ihr Gerichtsſtand vor den Juſtizbeamten angewieſen, ſo daß nunmehr in Kurheſſen auch das von der Competenz des Rabbiners hergenommene Argument für die Entſcheidung bürgerlicher Rechtsſtreitigkeiten nach den jüdiſchen Rechten alle Bedeutung verloren hat.

Die einzelnen Fälle, worin bei dem Oberappellationsgerichte in der neueren Zeit die in der obigen Ausführung entwickelten Grundſätze zur Anwendung gekommen ſind, waren theils nach kurheſſiſchem Particularrechte, theils nach gemeinem Rechte, zu entſcheiden; bei dieſen, wie bei jenen, wurden dieſelben jedoch gleichförmig befolgt. — In einer am 19. Septembr. 1821 bei dem Oberappellationsgerichte entſchiedenen Sache: Epſtein g. Epſtein, wurden die gemeinrechtlichen Grundſätze von der Verbindlichkeit des Vaters zur Dotirung ſeiner Tochter und von den Ausnahmen dieſer Verbindlichkeit unbedenklich, obgleich beide ſtreitende Theile Juden waren, zur Anwendung gebracht; und ebenſo ward durch ein Decret vom 27. Octob. 1821 *) erkannt, daß die gemeinrechtlichen Regeln der Auslegung von Eheſtiftungen, namentlich welche von den darin enthaltenen Verabredungen durch die Geburt eines Kindes unwirkſam werden, auch auf jüdiſche Ehepacten anzuwenden ſeyen. Zur ſpeciellen Conteſtation über die Frage von der Anwendbarkeit der jüdiſchen Geſetze und Gewohnheiten auf bürgerliche Rechtsſtreitigkeiten der Juden kam es aber in folgenden beiden Fällen.

---

a) B. VII, S. 410.

b) Geſetzſammlung v. 1816. S. 57.

*) in der Sache Strauß gegen Strauß.

1.

Nach dem Tode des Noah S. ſchreitet deſſen Wittwe zur zweiten Ehe mit Mendel Löb St. zu Neuſtadt, und bringt demſelben in den vom Juſtizamte aufgenommenen Ehepacten ihr ganzes Vermögen dergeſtalt zu, daß ſolches, falls ſie vor ihm verſterbe, demſelben eigenthümlich verbleiben ſolle, wogegen er ſich zur Alimentation der 4 Kinder erſter Ehe und Bezahlung von 50 Gulden an das jüngſte derſelben verbindlich macht.

Nachdem die gedachte Ehefrau mit Hinterlaſſung eines Kindes zweiter Ehe verſtorben iſt, klagen die Kinder erſter Ehe wider ihren Stiefvater auf Verabfolgung ihrer Erbtheile an mütterlichem Vermögen, indem ſie die Ehepacten theils als inofficiös nach der Nov. 115, theils als unverbindlich nach der l. 6. C. *de sec. nupt.*, anfechten; wogegen der Verklagte die Unanwendbarkeit dieſer Geſetze auf den vorliegenden Fall aus dem Grunde behauptet, weil in dieſer Sache nach jüdiſchen Geſetzen zu erkennen ſey, dieſe aber der Mutter die Befugniß einräumten, ihr Vermögen dem zweiten Ehemanne mit Uebergehung der Kinder erſter Ehe einzubringen, weßhalb Zeugniſſe von dem Rabbiner und dem jüdiſchen Schullehrer beigebracht werden.

Hierauf wird am 11. Aug. 1818 von dem Juſtizamte erkannt: „in Betracht, daß einer Judenfrau allerdings Antheil am Acqueſt gebührt [c]), und zwar nach dem Mainzer Landrecht Tit. 3. §. 1. (unter deſſen Gewalt die fragliche Ehe eingegangen worden) ein Drittheil; daß ferner der Kläger Mutter ihrem Manne (dem Beklagten) in ihrem Ehecontracte nicht mehr vermachen konnte, als demjenigen ihrer Kinder, welches am wenigſten von ihr erhielte [d]); vielweniger dieſelbe dieſe ihre Kinder gänzlich zu präteriren vermochte [e]), welches dann auch nach heſſiſchem Rechte nicht ſtatt findet [f]), und dieſem Allem durch nirgends ſanctionirte jüdiſche Gebräuche nicht derogirt werden kann; wird hiermit des Beklagten producirter Ehecontract inſoweit aufgehoben, daß alles das, was demſelben hierin mehr als ein Kindestheil zugeſagt worden iſt, pro non scripto zu halten iſt, und er ſomit ſchuldig erkannt, über das Vermögen ſeiner verſtorbenen Ehefrau (der Kläger Mutter), ſammt der Errungenſchaft aus der mit derſelben beſtandenen Ehe, ein, nöthigenfalls eidlich zu erhärtendes, Inventar aufzu-

c) Kopp Handbuch. Th. V. S. 504.

d) l. 6. C. *de sec. nupt.*

e) Nov. 115. cap. 5.

f) *Decisiones*. T. II. dec. 314.

ſtellen und einzureichen, und ſodann hiernach den vier Klägern ihre Kindestheile, mithin jedem $\frac{1}{5}$ davon, herauszugeben.“

In zweiter Inſtanz aber wird von der Regierung zu Marburg durch Remiſſorialen v. 21. Dec. 1818 dies Erkenntniß dahin abgeändert, daß die Kläger mit ihrer Klage lediglich abzuweiſen ſeyen, weil die Juden in Erbſchafts-Streitigkeiten nach beſonderen Rechtsnormen beurtheilt werden müßten, nach dieſen aber beſcheinigter Maaßen die im Mittel liegende Dispoſition als gültig erſcheine g).

Das Oberappellationsgericht ſtellte jedoch das Erkenntniß erſter Inſtanz in Anſehung der Hauptentſcheidung wieder her, mittelſt nachſtehenden am 11. Mai 1822 erlaſſenen Decrets:

„In Erwägung, daß die Juden als ſolche unter einander nur eine kirchliche Gemeinheit bilden, und daher ihre bürgerlichen Rechtsſachen, ſie mögen unter ſich oder mit Anderen ſtreiten, mithin auch ihre ehelichen Vermögensverhältniſſe und Erbſchaftsſtreitigkeiten, nicht nach den Geſetzen und Gewohnheiten des jüdiſchen Volks, ſondern nach dem Civilrecht des Staates, worin ſie leben, zu beurtheilen ſind;

woraus für den vorliegenden Fall folgt, daß die Mutter der Appellanten von ihrem Nachlaſſe dem Appellaten nicht mehr, als den Erbſchaftsantheil eines Kindes erſter Ehe, zuwenden konnte; weßhalb die fraglichen Ehepacten, in ſo weit ſie dem Appellaten größere Vortheile zuſichern, ungültig ſind, und die Appellanten auf Verabfolgung ihrer Antheile des mütterlichen Nachlaſſes, wozu auch der geſetzlich beſtimmte dritte Theil des Erwerbs zweiter Ehe gehört, rechtlichen Anſpruch haben;

daß jedoch der Antheil eines jeden der vier Appellanten nicht, wie der Amtsbeſcheid vom 11. Auguſt 1818 beſtimmt, in einem Fünftheil, ſondern nur in einem Sechstheil des Nachlaſſes, beſteht, da, wie die Appellanten ſelbſt angegeben haben, deren Mutter noch eine Tochzweiter Ehe hinterlaſſen hat, auch dem Appellaten ein Kindestheil zugeſprochen worden iſt;

daß ſodann, wenn Appellat wegen der angeblich aus ſeinem Vermögen beſtrittenen Un-

g) Eine gleichförmige Entſcheidung der Regierung zu Marburg vom Jahre 1779 findet man bei Gärtner meditat. practic. Spec. 1. med. 4., der jedoch ſelbſt dabei bemerkt: obstare licet videantur Decis. supr. trib. T. II. dec. 313.

terhaltung und Erziehung der Appellanten Anſpruch auf Entſchädigung zu haben glaubt, es ihm unbenommen bleibt, ſolchen in erſter Inſtanz anzubringen;

werden die vom Procurator F. gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß, mit Aufhebung der angefochtenen Remiſſorialen der vormaligen Regierung zu Marburg vom 21. Decemb. 1818, der Antheil eines jeden der Appellanten am mütterlichen Nachlaß auf ein Sechstheil zu beſtimmen, im Uebrigen aber der Amtsbeſcheid vom 11. Auguſt 1818 wieder herzuſtellen ſey.“

2.

Leib Levi E. zu Obervorſchütz hatte 3 Kinder, 2 Söhne und 1 Tochter; bei Verheirathung der letzteren an Geiſſel David H. zu Rotenburg ertheilt er dieſem in einem gerichtlichen Inſtrumente vom 3. Jan. 1792 die Zuſicherung, daß ſeine mit demſelben verheirathete Tochter bei ſeinem Tode von ſeinem Nachlaſſe halb ſo viel, als ein Sohn, erben, haben, und behalten ſolle; beide wollen es übrigens bei dem jüdiſchen Ceremoniel und Ordnung laſſen.

Noch beim Leben des Levi E. ſtirbt ſowohl deſſen älteſter Sohn, mit Hinterlaſſung eines Sohnes und einer Tochter, als die an Geiſſel David H. verheirathete Tochter, mit Hinterlaſſung von 2 Söhnen und 3 Töchtern.

Gegen dieſe, welchen nachher auch die Tochter des verſtorbenen älteſten Sohnes beitritt, klagt, nach dem Tode des Leib Levi E., deſſen jüngſter Sohn, welchem auch der Sohn ſeines verſtorbenen älteren Bruders (Manus Levi E.) ſich zugeſellt, auf Theilung des Nachlaſſes ihres Vaters, indem ſie die in dem erwähnten gerichtlichen Inſtrumente feſtgeſetzte ungleiche Theilungsweiſe gegen ihre Schweſtern geltend machen, und wobei zugleich der letztgenannte Mitkläger, vermöge der Erſtgeburt ſeines Vaters, die ganze Hälfte in Anſpruch nimmt.

Die Verklagten begehren dagegen eine gleiche Theilung nach den Stämmen, zufolge der gemeinrechtlichen Grundſätze von der Inteſtat-Erbfolge, und fechten die Uebereinkunft von 1792, als unverbindlich, weil ihre Mutter nicht dazu concurrirt habe, und, wenn man ſie als Teſtament betrachten wolle, als deſtituirt an, da ihre Mutter vor dem Erblaſſer verſtorben ſey;

wogegen die Kläger behaupten, daß nicht nach gemeinen, ſondern nach ſinaitiſchem, obſervanzmäßig unter der heſſiſchen Judenſchaft gültigen, Rechte, welchem ſich auch durch die Uebereinkunft von 1792 unterworfen worden, ſuccedirt werden müſſe, und daß es bei dieſer Uebereinkunft der Mitwirkung der Frau nicht bedurft habe, weil nach dem Geſetze Sinai der Mann, mit Ausſchließung der eignen Kinder, ſeiner Frau einziger Erbe ſey, und deßhalb bei den Juden die ununterbrochne Obſervanz beſtanden habe, daß die Ehepacten nur zwiſchen dem zukünftigen Schwiegervater und Schwiegerſohne abgeſchloſſen, und bei dieſer Uebereinkunft gewöhnlich über das künftige Erbrecht contrahirt worden ſey.

Hierauf erkennt das Juſtizamt, daß zufolge des der Klage beigefügten Vertrags die Geiſſel Davidſchen Kinder bei der Theilung des großväterlichen Nachlaſſes mit der halben Portion eines Sohnes participiren ſollen, der Manus Levi E. aber zu beweiſen habe, daß nach israelitiſchen Geſetzen dem älteſten Sohne eine doppelte Portion zukomme, und dieß Geſetz in Heſſen zur Obſervanz gebracht worden ſey.

Auf der Verklagten Berufung ändert jedoch die Regierung zu Caſſel dieſen Beſcheid durch Remiſſorialen vom 28. Mai 1822 dahin ab, daß der Nachlaß des gemeinſchaftlichen Erblaſſers, Leib Levi E., unter die dabei betheiligten drei Stämme zu gleichen Theilen zu vertheilen ſey. Die Entſcheidungsgründe waren: daß im vorliegenden Falle kein Grund, von der unter Descendenten verſchiedenen Grades gemeinrechtlich feſtſtehenden gleichen Theilung des Nachlaſſes nach Stämmen abzuweichen, vorhanden ſey, indem bei Erbfällen der Juden nicht die, lediglich für das Ceremonielle beibehaltenen, moſaiſchen Geſetze und Gebräuche, ſondern das gemeine Recht, zur Anwendung komme, wogegen einzelne Fälle, in denen es vielleicht hin und wieder anders gehalten worden, keine zuläſſige Obſervanz bilden könnten; — daß hiernach weder eine gänzliche oder theilweiſe Ausſchließung der Töchter, noch ein Vorzug des erſtgebornen oder des älteſten Sohns, eine doppelte Portion bei der väterlichen Erbtheilung zu genießen, und ein Recht, dieſen Vorzug auf ſeine Abkömmlinge zu vererben, anzunehmen oder zum Beweis zu ſtellen ſey; — daß endlich eine Aus-ſchließung oder Beſchränkung der hier miterbenden Descendenten der Tochter des Erblaſſers eben ſo wenig auf die Urkunde vom 3. Januar 1792 zu ſtützen ſeyn würde, da dieſe wegen mangelnder Concurrenz der Mitbetheiligten, über deren Erbrecht verhandelt worden, nicht als Erbvertrag gelten, und wegen mangelnder Erklärung des gemeinſchaftlichen Erblaſſers, mittelſt

der gedachten Urkunde ein Teſtament machen zu wollen, als letzter Wille nicht angenommen werden könne.

Und dieß Erkenntniß ward auch von dem Oberappellationsgerichte durch nachſtehendes, am 28. Jun. 1823 ertheilte, Decret beſtätigt:

„In Erwägung, daß der Appellant die Entſcheidungsgründe der vorigen Inſtanz zu widerlegen nicht vermocht hat;

und daß das behauptete Gewohnheitsrecht, vermöge deſſen der Mann über das Erbrecht ſeiner Frau ohne deren Mitwirkung mit ihrem Vater zu contrahiren befugt ſeyn ſoll, als mit den allgemeinen Rechtsgrundſätzen von Verträgen im Widerſpruche ſtehend, ſelbſt wenn deſſen factiſche Erforderniſſe als vorhanden nachzuweiſen ſtänden, nicht zu berückſichtigen ſeyn würde, ohnehin auch in Betreff der lediglich civilrechtlichen Verhältniſſe der Israeliten nirgends deren Gewohnheiten geſetzlich als Rechtsquelle anerkannt ſind;

werden die vom Procurator H. gebetenen Proceſſe dieſer ungegründeten Appellation abgeſchlagen.“

XIII.

Veräußerungs-Contracte über Immobilien ſind, nach kurheſſiſchem Rechte, ohne gerichtliche Beſtätigung, der geſchehenen Vollziehung ungeachtet, null und nichtig, und können als ſolche auch von den Erben der Contrahenten und von Dritten angefochten werden.

Das römiſche Recht weiß nichts von einer beſonderen geſetzlichen Form der Veräußerungs-Contracte, worin auch deren Gegenſtand beſtehe; nicht einmal die ſchriftliche Abfaſſung wird dazu erfordert, und ſelbſt wo dieſe von den Contrahenten ausdrücklich verabredet worden, wird als Vermuthung angenommen, daß ſolches nur um der Sicherheit des Beweiſes willen geſchehen ſey [a]), nicht aber um die Gültigkeit des Vertrages ſelbſt davon abhängen zu laſſen, ſofern nicht auch dieſes namentlich feſtgeſetzt wurde [b]). Von einer gerichtlichen Mitwirkung oder Beſtätigung iſt bei dergleichen Contracten im römiſchen Rechte gar nicht die Rede.

Ob nun gleich in Teutſchland die Lehre des römiſchen Rechts von Verträgen im Allgemeinen die Regel ausmacht, ſo hat ſich dagegen doch die dem teutſchen Rechte eigenthümliche Form der Veräußerungs-Contracte über Immobilien in den meiſten Ländern theils erhalten, theils in etwas veränderter Geſtalt neuerlich wieder hergeſtellt. Das Weſentlichſte dieſer Form war und iſt die gerichtliche Mitwirkung, die jedoch in der Art der Anwendung unter mancherlei verſchiedenen Modificationen ſich äußert, und eben hiernach auch in ihren rechtlichen Wirkungen ſehr verſchieden iſt. Bald iſt es noch die dem teutſchen Rechte des Mittelalters eigen-

a) l. 4. D. *de fide instrum.* Glück Erläut. d. Pand. Th. XVI. §. 974. Not. 86.
b) pr. J. *de emt. et vend.* l. 17. C. *de fide instr.* Pufendorf T. II. obs. 52.

thümliche Form der Auflaſſung des Eigenthums, bald die, der neueren Einrichtung des gerichtlichen Verfahrens angemeſſenere, der Beſtätigung des Vertrages ſelbſt durch die Gerichte, bald auch findet ſich beides vereint, indem die richterliche Beſtätigung zugleich die Stelle der gerichtlichen Auflaſſung vertritt. Die Verſchiedenheit der Wirkungen aber äußert ſich darin, daß, ſoviel die Auflaſſung betrifft, dieſe entweder von weſentlichem Einfluſſe auf die Gültigkeit des Contracts, oder letztere von erſterer ganz unabhängig iſt, und, ſoviel die richterliche Beſtätigung anlangt, deren Mangel entweder bloß ein jus poenitendi beiden Contrahenten offen läßt, oder völlige Nichtigkeit des Contracts zur Folge hat [c]).

Dieſe ſehr weſentlichen Verſchiedenheiten machen es nothwendig, die Lehre von der gerichtlichen Confirmation der Immobiliarcontracte als eine in ſolchem Grade particularrechtliche zu behandeln, daß man für jedes einzelne Land (Provinz, Stadt) eine eigne Theorie hierüber, auf geſchichtliche Quellen gegründet, und nach den neueren Geſetzen und dem Gerichtsgebrauche weiter ausgebildet, aufzuſtellen hat. Solche particularrechtliche Theorieen haben jedoch nicht bloß ein auf die engen Grenzen des Umfangs ihrer unmittelbaren Anwendung beſchränktes Intereſſe, ſondern bieten zugleich, wenn ſie auf folgerechter Entwickelung aus allgemein gültigen Rechtsſätzen beruhen, eine ſichere Grundlage der Beurtheilung des nämlichen Inſtituts an anderen Orten, mit Rückſicht auf den mehr oder weniger übereinſtimmenden Inhalt der geſchichtlichen Quellen und geſetzlichen Normen deſſelben, dar. Von demjenigen inſonderheit, was in Kurheſſen rückſichtlich der Beſchaffenheit und Wirkungen der gerichtlichen Confirmation als beſtehendes Recht gilt, läßt ſich aber jenes allgemeinere Intereſſe noch aus einem ganz ſpeciellen Grunde behaupten, der zugleich dem Gegenſtande dieſer Abhandlung einen eignen literariſchen Werth verleiht. Dieſer ſpecielle Grund liegt in der von mehreren der berühmteſten Schriftſteller gemachten irrigen Anwendung einer in der gedruckten Sammlung der Oberappellationsgerichts-Deciſionen [d]) enthaltnen Entſcheidung, welche in der That ſelbſt auf Irrthum beruhet und nachher ausdrücklich wieder mißbilligt worden iſt. Schon Stru-

c) Eichhorn Einleit. in das deutſche Privatrecht. §. 93. 173.

d) T. I. dec. 10.

Struben e) beruft ſich zur Beſtärkung des Satzes, daß Contracte, welche nicht von der Obrigkeit beſtätigt, aber vollſtreckt worden ſind, zu Recht beſtändig ſeyen, auf jene Deciſion, und nur allein auf ſie. Ihm nach führen auch v. Bülow und Hagemann f) eben dieſe Deciſion als Beleg dafür, daß der defectus confirmationis eine ſchon wirklich vollſtreckte Eheſtiftung nicht ungültig mache, an. Und ſelbſt Eichhorn g) giebt für die Behauptung, daß ſogar die in Landesgeſetzen angedrohte Strafe der Richtigkeit unbeſtätigter Contracte nie auf bereits vollzogene Geſchäfte bezogen werden dürfe, keine andere Gewähr, als die erwähnte Deciſion nebſt den genannten Schriftſtellern. Wenn aber dieſe letzteren zugleich Erkenntniſſe Hannöverſcher Gerichte beibringen, ſo können ſolche doch für den aus jener Deciſion entlehnten allgemeinen Satz um deßwillen nicht zum Belege dienen, weil nach dem Hannöverſchen Particularrechte die gerichtliche Confirmation von ſo geringem Einfluſſe auf den materiellen Beſtand des Contractes ſelbſt iſt, daß ſogar jedem Contrahenten ein Klagrecht auf die Confirmation zugeſtanden, und dieſe vom Richter, wenn er ſonſt kein Bedenken dabei findet, auch wider den Willen des Gegners ertheilt wird h).

Dieß zur Beſtimmung des Geſichtspunctes, aus welchem die nachſtehende Ausführung wiſſenſchaftlich zu beurtheilen iſt, einleitend vorausgeſchickt, kommt es nun zunächſt darauf an, wie ſich hiſtoriſch, von Alters her bis auf die neueſte Zeit, das Inſtitut der gerichtlichen Confirmation der Immobiliarcontracte in Heſſen geſtaltet hat.

Im Mittelalter galten in Heſſen, welches geographiſch in den ſächſiſchen und fränkiſchen Gau zerfiel, mit Rückſicht auf dieſe Eintheilung das ſächſiſche und fränkiſche Recht i). Nach beiden Rechten war es erforderlich, daß die Veräußerung unbeweglicher Güter nur vor dem ordentlichen Gerichte durch die Erklärung, das

e) rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 124.

f) practiſche Erörterungen. Th. II. N. 54.

g) a. a. O. §. 93. Not. m. — S. a. Mittermaier Grundſ. d. gem. deutſch. Privatr. §. 164. Not. 6.

h) v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. IV. N. 83.

i) Kopp von der Verfaſſung der geiſtlichen und Civil-Gerichte in Heſſen. Th. I. §. 7.

Eigenthum derſelben übertragen zu wollen — gerichtliche Auflaſſung, und deren Annahme mittelſt gewiſſer äußeren Zeichen, geſchehen konnte [k]). Dieſe eigenthümliche Form der Immobiliar-Veräußerungen war daher auch in Heſſen damaliger Zeit in Gebrauch [l]). Urkundliche Spuren davon, wie ſich dieſe alte Form in gerichtliche Beſtätigung ſchriftlicher Contracte umgewandelt habe, finden ſich nicht vor dem Ende des 15ten Jahrhunderts; in der um das Jahr 1500 erlaſſenen Reformationsordnung des Landgrafen Wilhelm II, §. 12 und 13 [m]), aber wird ausdrücklich vorgeſchrieben, daß kein Kauf und Verkauf über Erbe und Gut in weltlichen Sachen Kraft haben ſolle, ohne von dem landesherrlichen Beamten oder Schultheißen beſiegelt und bekräftigt zu ſeyn. Eine andere, jedoch mehr bedingte, Vorſchrift enthält ſodann die Marburgiſche Hofgerichtsordnung Philipps des Großmüthigen vom Jahre 1524, welche im 27. Art. [n]) feſtſetzt, daß, wer ein Gut kaufen und gegen Anſpruch des Verkaufs halber geſichert ſeyn will, den Kauf 3 Sonntage nach einander öffentlich ausrufen laſſen, worauf dann nach weiteren 6 Wochen und 3 Tagen der Kauf vom Gerichte auf Anrufen des Begehrenden kräftig erkannt, und der Käufer des Guts halber ſicher ſeyn ſoll. In einem allgemeineren Sinne verordnet ein Edict des Landgrafen Carl vom 30. Jul. 1683 [o]), daß unbewegliche Güter zu verkaufen, zu vertauſchen, oder auf irgend eine Weiſe zu veräußern, nicht anders geſtattet ſeyn ſolle, als wenn beide Contrahenten zugleich bei dem herrſchaftlichen Beamten oder Stadtrath, worunter die zu veräußernden Güter gelegen ſind, von dem unter ſich geſchloſſenen Contracte gehörige Anzeige thun und ſich ſolche ab- und zuſchreiben laſſen, gegentheiligen Falls aber nicht nur ſolches Alles null, nichtig, und kraftlos ſeyn, und die Contravenirenden ohne einige Rechtshülfe gelaſſen werden, ſondern auch die veräußerten Stücke dem Fiscus verfallen ſeyn ſollen. Seine vollſtändige Ausbildung aber erhielt das Inſtitut erſt durch

k) Kopp a. a. O. §. 175. Eichhorn deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte. Th. II. §. 358.

l) Ulrich de confirmatione actuum privatorum, speciatim judiciali, secundum jura Hassiaca. Marb. 1770. §. 6. 7. 10.

m) Samml. d. Landesordn. B. I. S. 34.

n) Ebendaſ. S. 47.

o) Ebendaſ. S. 248.

die Verordnung vom 9. Jan. 1732 [p]), zu welcher ſich alle nachherigen geſetzlichen und durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Beſtimmungen als bloße Erläuterungen über den Umfang und wahren Sinn der Verordnung verhalten. Dieſelbe verfügt nämlich, daß die über unbewegliche Güter, Zehnten, und jura realia, vorgehenden Kauf- oder Tauſchhandlungen nicht allein der Obrigkeit, worunter die zu veräußernden Stücke gelegen ſind, angezeigt, ſondern auch die darüber ſprechenden Inſtrumente von derſelben ſchriftlich aufgeſetzt, ausgefertigt, und mit ihrer Unterſchrift und Amts- oder Stadt-Siegel authentiſirt werden, die Ausfertigung aber nicht geſchehen, vielweniger ein ſolches Contracts-Inſtrument confirmirt herausgegeben werden ſolle, wenn nicht beide Contrahenten ſich den ausgefertigten Contract haben vorleſen, alle darin enthaltene Clauſeln expliciren laſſen, und, daß es alſo ihrer Intention und Meinung gemäß ſey, declarirt, auch, wenn ſie des Schreibens erfahren, ihren Namen eigenhändig darunter geſetzt haben, welches von der Obrigkeit kürzlich protocollirt werden ſoll, und darauf der Brief dem begehrenden Theile vollzogen extradirt werden kann. Ehe aber der Kaufbrief völlig zu Stande gediehen, ſoll der Contract für unvollkommen gehalten werden, und beiden Theilen davon abzugehen erlaubt ſeyn, ob ſie gleich des Handels vollkommen einig geweſen; ohne obrigkeitliche Confirmation ſollen demnach keine Kauf- Tauſch- und dergleichen Alienations-Briefe gelten, und wer darauf zu klagen vermeint, ſoll ſogleich ex officio a limine judicii abgewieſen werden. — So klar nun aber immerhin dieſe Verordnung die Nothwendigkeit der gerichtlichen Beſtätigung von Immobiliar-Contracten ausſpricht, und, was hiezu erforderlich ſey, feſtſetzt, ſo wenig zweifellos hat man bei der Anwendung den Umfang der Wirkungen ſowohl der geſchehenen, als der unterbliebenen, Confirmation gehalten.

I. In Anſehung der Wirkungen der wirklich erfolgten Beſtätigung hat man hauptſächlich die Frage aufgeworfen: ob denn dieſelbe auch den Uebergang des Eigenthums mit ſich bringe, oder ob es hierzu noch eines beſonderen Acts, ſey es die römiſche Tradition, oder eine deren Stelle vertretende ſymboliſche Handlung des teutſchen Rechts, bedürfe? — Von einer Tradition in dem Sinne, wie ſolche das römiſche Recht als Bedingung des Eigenthums-Ueberganges

p) Ebendaſ. B. IV. S. 84.

bei jeder auf Vertrag beruhenden Veräußerung erfordert, kann wohl eigentlich bei dieſem reinteutſchen Inſtitute, welches ſich näher oder entfernter aus der die Eigenthums-Uebertragung mit ſich führenden gerichtlichen Auflaſſung herleitet, gar keine Rede ſeyn; vielmehr muß man annehmen, daß hierbei an die Stelle der römiſch-rechtlichen Tradition ein gleichgeltender teutſchrechtlicher Act tritt, und es fragt ſich daher nur noch, ob dieſer Act in der heutzutage üblichen gerichtlichen Beſtätigung ſelbſt ſchon begriffen iſt, oder außerdem noch hinzukommen muß. Letzteres behauptet inſonderheit Ulrich in der oben angeführten Schrift [q]), indem er auch dem heutigen heſſiſchen Recht zufolge einen Unterſchied zwiſchen gerichtlicher Auflaſſung des Eigenthums und Beſtätigung der Contracte annimmt, ſo daß jene in einer Handlung des Uebertragenden, dieſe in einer Handlung des Richters beſtehe, und, wenn erſtere nicht geſchehen ſey, das bloße Beſtätigungsdecret des Richters nicht hinreiche. Er denkt jedoch bei jener nicht etwa noch an die ehemals wohl auch in Heſſen mitunter gebräuchliche Form einer ſymboliſchen Uebertragung durch Spanabhauen oder Raſenausſtechen (effestucatio etc.) [r]), welche ausdrücklich durch die Verordnung vom 5. Sept. 1745, §. 43 [s]), ſelbſt bei der Beſitzergreifung in Erbſchaftsfällen für ganz unwirkſam erklärt worden iſt; er will vielmehr die in der Hofgerichtsordnung Philipps d. G. vorgeſchriebene dreimalige öffentliche Bekanntmachung noch jetzt beobachtet wiſſen: „In emtionibus et venditionibus rerum immobilium necessaria est confirmatio judicialis secundum legem de anno 1732; sola autem haec non sufficit, sed speciatim resignatio judicialis tum trina proclamatio secundum sanctionem Philippi magnanimi hodie requiritur; sanctio enim supra citata, quae in summa adhuc est observantia, expresse praescribit tum confirmationem judicialem, tum trinam proclamationem, hinc alterutro horum neglecto sequitur, contractum nunquam constare posse.“ Jedenfalls iſt nun dieſe letzte Folgerung unrichtig, da, wenn auch wirklich die dreimalige Bekanntmachung in der Eigenſchaft der gerichtlichen Auflaſſung neben der gerichtlichen Beſtätigung noch jetzt erforderlich wäre, dadurch jedoch keinesweges die Gültigkeit des Contracts,

q) §. 14. u. 29.

r) Kopp a. a. O. §. 14.

s) Samml. d. L. O. IV, 900.

ſondern nur der Uebergang des Eigenthums, bedingt ſeyn würde. Dann aber hat es auch mit der summa observantia, welche durch die dabei angeführte Sammlung der Oberappellationsgerichts-Deciſionen [t]) nachgewieſen werden ſoll, eben hiernach keinesweges ſeine Richtigkeit, da die daſelbſt mitgetheilte Entſcheidung auf die Verordnung des Landgrafen Philipp durchaus nicht gegründet, vielmehr von dem 4ten Correferenten ausdrücklich bemerkt worden iſt, daß ſeit 100 und mehr Jahren nach dieſer Verordnung nicht mehr geſprochen ſey, der 2te und 3te Corref. auch dieſelbe bloß von der Ausſchließung des Näherrechts verſtanden wiſſen wollen, keiner von allen Votanten aber darin eine Vorſchrift über die Form der Eigenthums-Uebertragung findet, wie es denn auch aus deren Inhalte ſelbſt klar iſt, daß dieſelbe lediglich von der Sicherſtellung des Käufers gegen Evictionen, die auch nach dem Uebergange des Eigenthums noch ſtatt finden, rede, ſo daß mithin von Beobachtung der 3maligen Bekanntmachung nicht der Erwerb des Eigenthums überhaupt, ſondern eines gegen die Anſprüche dritter Perſonen geſicherten Eigenthums, habe abhängig gemacht werden ſollen. — Will man gleichwohl gegenwärtig noch zwiſchen der gerichtlichen Beſtätigung des Contracts und der Auflaſſung des Eigenthums unterſcheiden, und zu dieſer eine, neben jener als Handlung des Richters beſtehende, Handlung der Contrahenten erfordern, ſo muß dieſelbe doch als mit dem ganzen Act der Confirmation zuſammenfallend angeſehen werden. Schon von der Zeit des lübiſchen Rechtes an hat die gerichtliche Auflaſſung faſt durchgängig die Form angenommen, daß ſie in einer bloß mündlichen Erklärung des Verkäufers vor Gericht, das Eigenthum der verkauften Sache auf den ſolches annehmenden Käufer übertragen zu wollen, beſteht, worauf dann die Eintragung des Verkaufs in das hierzu beſtimmte Gerichtsbuch erfolgt. So beſchreibt dieß Geſchäft inſonderheit Mevius [u]), nach Anleitung des Lübeckſchen Stadtrechts, und nimmt an, daß daſſelbe ganz die Stelle der Tradition vertrete und gleiche Wirkung mit derſelben habe, daher dem Käufer nach erfolgter Auflaſſung, ohne weitere Tradition, die Beſitzergreifung der erkauften Sache frei ſtehe. Damit ſtimmt auch, in allgemeinerer Beziehung, Klein, der über dieſen Gegenſtand eine eigne Abhandlung

t) T. I. dec. 117.

u) commentar. in jus lubecense. Lib. III. tit. 6. art.

geſchrieben hat, völlig überein [v]), und bemerkt, daß inſonderheit die Einſchreibung in das Gerichtsbuch der in Sachſen üblichen Inveſtitur gleich geachtet werde [w]). Das Weſentliche der gerichtlichen Auflaſſung, wo dieſelbe noch üblich iſt, beſteht daher, ſoweit der Verkäufer dazu ſelbſt handelnd mitwirkt, lediglich in ſeiner vor Gericht förmlich abgelegten Erklärung der Eigenthumsübertragung [x]); dieſe Erklärung liegt nun aber offenbar ſchon darin, daß der Verkauf ſelbſt förmlich dem Gerichte angezeigt wird, indem ſolcher, als Veräußerungscontract, nicht ohne die Abſicht, das Eigenthum zu übertragen, geſchloſſen werden kann, und, ſofern hierbei Modificationen eintreten ſollen, dieſe einer ſpeciellen Verabredung bedürfen, mithin als Ausnahmen von der Regel zu betrachten ſind. Daher giebt auch Leyſer [y]) den Begriff der gerichtlichen Auflaſſung geradezu dahin an: ut alienatio bonorum immobilium solemniter in judicio declaretur. Da nun an denjenigen Orten, wo die gerichtliche Beſtätigung zur Gültigkeit der Veräußerungscontracte über Immobilien geſetzlich erfordert wird, eine ſolche förmliche Anzeige des Contracts vor Gericht nach ſeinem ganzen Inhalte nothwendig vorausgehen muß, ſo kann man ebenſowohl annehmen, daß in dem Confirmationsacte auch die gerichtliche Eigenthumsübertragung enthalten ſey, weßhalb auch v. Selchow [z]) unbedenklich die gerichtliche Beſtätigung als identiſch mit der Auflaſſung des Eigenthums bezeichnet [a]). Dieß muß aber vorzüglich in Kurheſſen gelten, wo zu Auswirkung der gerichtlichen Beſtätigung die Contrahenten in der Regel perſönlich vor Gericht erſcheinen ſollen, und der Richter die Beſtätigung nicht eher, als nachdem er ſich von der eine Veräußerung bezweckenden Abſicht der Contrahenten vollſtändig überzeugt hat, ertheilen darf, derſelben auch die Eintragung in ein zur Aufnahme ſolcher Veräußerungscontracte beſtimmtes Währſchaftsbuch hinzu kommt, ſo daß alſo dieſe vorſchriftsmäßige Verfahrungsweiſe mit der bei der eigentlichen

v) de resignatione judiciali. Cap. II. §. 40. Cap. III. §. 4. 21.; in ej. diss. jurid. p. 309. sqq.

w) Cap. I. §. 21.

x) Eſtor teutſche Rechtsgelahrtheit. Th. III. §. 1858.

y) spec. 446. med. 1.

z) elem. jur. germ. privati. §. 431.

a) „confirmatio judicialis, seu, *quod idem est*, resignatio dominii judicialis.“

Auflaſſung auch im Aeußeren die größte Aehnlichkeit hat; auch iſt es für keine weſentliche Abweichung hiervon zu halten, daß den ſchriftſäſſigen Contrahenten geſtattet iſt, ſchriftliche Kaufbriefe dem Gerichte zur Beſtätigung einzureichen, indem dieß lediglich Folge des bei den oberen Gerichten, vor welche dergleichen Confirmationen ſonſt ausſchließend gehörten [b]), eingeführten ſchriftlichen Verfahrens iſt. Eine ſtarke Autorität für die Gleichſtellung der gerichtlichen Confirmation der Immobiliarcontracte in Kurheſſen mit der ehemaligen und an manchen Orten jetzt noch üblichen Auflaſſung des Eigenthums geben überdieß die Oberappellationsgerichts-Deciſionen [c]), wo nämlich die gerichtliche Confirmation aus der auf alte teutſche Gewohnheiten ſich gründenden resignatio judicialis unmittelbar abgeleitet, und ausdrücklich angenommen wird, es ſey dieſer alte Gebrauch in Heſſen noch recipirt, und in den wegen Confirmation der Immobiliarcontracte erlaſſenen Landesordungen nur beſtätigt worden. Auch wird, mit Beziehung hierauf und namentlich auf die erwähnte 130. Deciſion, in einem mittelſt Extracts geheimen Raths-Protocolls v. 16. Febr. 1798 genehmigten, Regierungs-Gutachten davon ausgegangen, daß die bloße Privat-Uebergabe hier zu Lande, wo nach obigen Verordnungen die teutſche resignatio judicialis noch recipirt ſey, bei Veräußerungen unbeweglicher Güter das Eigenthum nicht transferire, ſondern, um dieſes zu erlangen, die gerichtliche Confirmation nothwendig ſey. Außerdem läßt ſich noch für die in dem Confirmations-Decret ſelbſt liegende Beſitz-Ueberweiſung die Analogie der gerichtlichen Immiſſionen anführen, welche nach der Verordnung v. 16. Sept. 1788 [d]), durch ein bloßes Decret erkannt und zugleich f ü r g e ſ ch e h e n a n g e n o m m e n werden ſollen. — Dieſem Allen zufolge kann man es daher, in Beziehung auf den obigen e r ſ t e n Streitpunct, als gewiſſen Grundſatz des kurheſſiſchen Particularrechts ausſprechen: d a ß d i e g e r i ch t l i ch e B e ſ t ä t i g u n g d e r V e r ä u ß e r u n g s c o n t r a t e ü b e r I m m o b i l i e n d a s E i g e n t h u m d e r ſ e l b e n ü b e r t r a g e, o h n e d a ß e s h i e r z u n o ch e i n e r w i r k l i ch e n o d e r ſ y m b o l i ſ ch e n T r a d i t i o n b e d ü r f t e!

b) Durch das Organiſations-Edict vom 29. Jun. 1821, §. 53, ſind ſie den Untergerichten übertragen worden.

c) T. I. dec. 130, n. 26. T. II. dec. 315. n. 6.

d) Samml. d. L. O. VII, 294.

Einzelne bei dem Oberappellationsgerichte vorgekommene Fälle, worin dieſer Grundſatz den Hauptgegenſtand der Verhandlung und Entſcheidung abgegeben hätte, kann ich zwar nicht mittheilen; wohl aber hat derſelbe gar oft zu einem weſentlichen Entſcheidungsgrunde gedient. So enthielte ein Decret vom 4. Jun. 1823 in S. Hildebrand g. Haas: daß das Eigenthum der durch einen gerichtlichen Anſatzbrief cedirten Güter, auch ohne daß es der Tradition bedürfte, erworben werde; ſodann ein Decret vom 1. Octob. 1823 in S. Eßmann g. Bröſche: daß vermöge eines gültiger Weiſe gerichtlich angezeigten und beſtätigten Kaufcontracts, auch ohne weitere Tradition oder Beſitzergreifung, das Eigenthum des verkauften Grundſtücks auf den Käufer übergehe; endlich ein Decret vom 5. Nov. 1823 in S. Laudenbach g. Laudenbach: daß die nicht geſchehene Vollziehung der Uebergabe bei der erfolgten, das Eigenthum der Güter auf den neuen Erwerber übertragenden Confirmation nichts relevire; daher auch eine Verzichtleiſtung dieſes letzteren auf ſeine durch den confirmirten Vertrag erworbenen Rechte ohne Wirkung ſey, indem das Eigenthum der Güter, welches durch die Confirmation auf ihn übergegangen ſey, nur durch einen neuen gerichtlich beſtätigten Vertrag auf einen Anderen habe übertragen werden können.

Nicht minder ſchwierig, als der bisher erörterte erſte Streitpunct, iſt aber II. auch die Beantwortung der Frage: welche Wirkungen das Unterbleiben der Confirmation ſolcher unter den Contrahenten vollſtändig zu Stande gekommener Veräußerungs-Contracte habe?

Die Contractenordnung von 1732, deren ſpecieller Inhalt oben mitgetheilt wurde, beſtimmt als Folge der Unterlaſſung im 2ten §. nur im Allgemeinen, daß der Contract für unvollkommen gehalten werden, und beiden Theilen davon abzugehen erlaubt ſeyn ſoll, ob ſie ſchon des Handels vollkommen einig geweſen, und nach §. 4 ſoll, wer auf einen mit der obrigkeitlichen Confirmation nicht verſehenen Contract zu klagen vermeine, ſogleich ex officio a limine judicii abgewieſen werden. — Dieſe geſetzliche Verfügung ließ noch, wenn man ſich bloß an die Worte hielte, einige Ungewißheit über die Wirkungen des Mangels der gerichtlichen Confirmation in zwiefacher Hinſicht: a) inſofern nicht aus dem Vertrage auf deſſen Erfüllung geklagt wurde, ſondern dieſe von den Contrahenten

henten ohne gerichtliche Hülfe wechſelſeitig geſchehen war, und hinterher einer derſelben die Aufhebung des bereits erfüllten Contracts vom Gericht begehrte; ſodann b) inſofern ein Dritter den von den Contrahenten ſelbſt anerkannten und vollzogenen Contract als ungültig anfechten wollte. — Bei dieſer Unbeſtimmtheit der geſetzlichen Verfügung entſchied ſich das Oberappellationsgericht für eine reſtrictive Interpretation der Verordnung, hauptſächlich aus dem Grunde, weil, wenn der Contract durch Uebergabe der Güter zu ſeiner völligen Erfüllung gebracht worden, und nach dem Verlauf mehrerer Jahre die bereits tradirten Güter wieder zurück gefordert werden könnten, dadurch noch weitläuftigere Proceſſe, als ſonſt, entſtehen würden, welchen doch durch die Verordnung hätte vorgebeugt werden ſollen [e]). Das Oberappellationsgericht erkannte demzufolge 1) daß ein nach der Contractenordnung zwar unvollkommener, jedoch von beiden Theilen vollzogener, in Allem adimplirter, und per traditionem zur Vollkommenheit gediehener und beſtätigter, Contract nicht für ungültig erklärt werden könne [f]); es erkannte 2) daß ein von den Contrahenten ipso facto agnoscirter und adimplirter Contract inſonderheit auch nicht von deren Erben aus dem Grunde der ermangelnden gerichtlichen Confirmation impugnirt werden könne [g]); es erkannte endlich 3) daß, wenn gleich bei Ermangelung ſothaner gerichtlichen Beſtätigung keiner von den contrahirenden Theilen daran gebunden, ſondern einem jeden zu pönitiren frei gelaſſen ſey, doch kein Dritter einen zwiſchen den Hauptpaciscenten überall agnoscirten und vollzogenen Contract zu impugniren befugt wäre [h]), — in allen dieſen Fällen alſo im Reſultate dahin, daß, wenn gleich aus einem nicht confirmirten Contract auf deſſen Erfüllung nicht geklagt werden könne, doch auch keine Klage auf deſſen Aufhebung aus dem Geſetze ſtatt finde.

Immittelſt aber hatte ſich, dem Oberappellationsgerichte unbewußt, in dem Stande der Legislation über dieſen Rechtspunct eine ſehr weſentliche Veränderung

e) *Decisiones* T. I. dec. 10. (eben die von den oben angeführten Schriftſtellern für ihre Anſicht in Bezug genommene Entſcheidung).

f) *Ibid.* T. II. dec. 183. n. 11. dec. 268. n. 12. p. 470.

g) *Ibid.* T. I. dec. 90. n. 3. 4. dec. 152. n. 17.

h) *Ibid.* T. I. dec 129. n. 6.

zugetragen; es hatte nämlich die Regierung ſich durch einen ihr zweifelhaften Fall veranlaßt gefunden, um authentiſche Interpretation der Contractenordnung bei dem Landesherrn nachzuſuchen; dieſer Fall betraf die Conſtitution eines Brautſchatzes an Immobilien und deren wirkliche Uebergabe ohne gerichtliche Beſtätigung, und es hielte die Regierung dafür, daß, wenn gleich die angezogene Verordnung es mit ſich bringe, daß alle Veräußerungs-Contracte über Immobilgüter gerichtlich angezeigt und confirmirt werden ſollten, dieſelbe jedoch ultra expressam literam auf dieſen casum nicht wohl zu extendiren ſtehe, vielmehr nachzugeben ſey, daß, wenn gleich die gerichtliche Anzeige unterlaſſen worden, nichts deſtoweniger die constitutio dotis und Uebergebung der fundorum dotalium von vollkommnen Kräften ſeyn möge, wobei zugleich favor dotis geltend gemacht wurde; es erfolgte jedoch hierauf die höchſte Reſolution, daß, da die Ordnung generaliter laute und nichts davon excipirt ſey, der gegenwärtige Fall allerdings in derſelben mitbegriffen, und dergeſtalt zu decidiren ſey [i]). Hätte nun aber dieſe Entſcheidung, als durch einen ſpeciellen Fall veranlaßt, noch einigem Zweifel in der Anwendung Raum geben können, ſo hat ſich doch in der Folge die Jurisprudenz des Oberappellationsgerichtes darnach ganz unzweideutig entſchieden. Daß nicht ſchon bei den obigen, der Zeit nach auch ſpäteren, Erkenntniſſen auf jene höchſte Reſolution Rückſicht genommen worden, erklärt ſich ſehr natürlich daher, daß damals die, erſt in dem Jahre 1767 begonnene, Sammlung der Landesordnungen noch nicht exiſtirte, mithin die Kenntniß einer durch die Regierung veranlaßten landesherrlichen Entſcheidung dem Oberappellationsgerichte leicht entgehen konnte. Es kam aber dieſelbe nicht lange nachher bei einem in die gedruckten Deciſionen ebenfalls aufgenommenen Falle zur Sprache. Der Referent bemerkte, es ſey zwar die Frage, ob ein außergerichtlicher Vertrag über Immobilien, wenn derſelbe ſchon per traditonem erfüllt worden, zu Recht beſtehe, durch die oben angeführte zehnte Deciſion ſchon negativ entſchieden, da man aber derozeit bei dieſem Tribunal von dem das Gegentheil, und daß ein ſolcher Contract dennoch ungültig ſeyn ſolle, enthaltenden Extract Geh. Raths Protocolls vom 14. Juli 1741, keine Wiſſenſchaft gehabt habe, ſo ſey jenes praejudicium, als welches nur bei einem jure incerto den Ausſchlag geben müßte, in gegenwär-

i) Extract Geh. Raths-Prot. v. 14. Juli 1741. (L. O. IV, 762.)

tigem casu juris certi nicht zu attendiren. Der Correferent fand es dagegen bedenklich, ein ſolches Präjudiz gegen die vorherige Meinung des Oberappellationsgerichts zu etabliren, nachdem nicht nur in der zehnten Deciſion, ſondern auch durch mehrere andere praejudicia, deren drei namentlich bezeichnet werden, der Satz, daß ein ipso facto agnoscirter Vertrag nicht bloß ob defectum judicialis confirmationis impugnirt werden könne, nach genauer Deliberation negativ entſchieden worden ſey. Dagegen bemerkte jedoch der zweite Correferent, indem er zugleich die angeführten ältern Präjudizien als auf anderen Gründen mit beruhend darzuſtellen ſuchte, daß der Grundſatz, es ſey die Verordnung von 1732 de contractu jam adimpleto nicht zu verſtehen, um deßwillen nicht richtig ſey, weil auf beſchehene Anfrage der Regierung das Gegentheil pro resolutione Serenissimi et interpretatione ordinationis bekannt gemacht worden ſey; gegen dieſe interpretationem authenticam möge ſo wenig die decisio 10, als ein anderes praejudicium, allegirt werden, weil ſich nicht finden werde, daß die vorliegenden rescripta interpretativa (der Plural wird ſich nachher erläutern) in relationibus et votis vorgekommen und verworfen wären; geſetzt nun, daß man aus dem Grunde, daß ein contractus impletus nicht mehr reſcindirt werden könne, eine Sache wirklich entſchieden hätte, ſo würde ſolches nicht anders haben geſchehen können, als weil man derozeit von den Reſcripten, welche die Ordnung authentice interpretirt hatten, keine Wiſſenſchaft gehabt habe. Auch der dritte Correferent war der Meinung, daß man die vorhandene interpretationem authenticam der Contractenordnung nicht übergehen könne; und ſo ward die Sache nach dem Antrage des Referenten wirklich entſchieden [k]. Mit jener höchſten Reſolution ſteht dann auch das in Kopps Handbuch [l]) extrahirte, und auch in der letztgedachten Deciſion mit angeführte, Regierungs = Reſcript vom 13. Octob. 1740, wodurch ein nicht confirmirter, wenn gleich vollkommen erfüllter, Contract caſſirt, und der Käufer zur Wiederabtretung des gekauften Landes mit den gezogenen Nutzungen, der Verkäufer aber zur Erſtattung des Kauf-

k) *Decisiones.* T. II. dec. 205. — Daß jedoch ein Erkenntniß, wodurch gegen dieſe Deciſion, in Gemäßheit der obigen 10ten, entſchieden worden, als contra jus constitutum angehend, nicht unheilbar nichtig ſey, ward erkannt in S. Klapp g. Glatte. 1805.

l) Th. II. S. 436.

ſchillings mit Zinſen, angewieſen worden, in unmittelbarem Zuſammenhange. Dazu kommt aber noch die Verordnung vom 17. März 1767, §. 36. (VI. 411), welche allgemein und ganz beſtimmt vorſchreibt, daß hinkünftig über alle unbeweglichen Güter ohne Unterſchied die gerichtliche Confirmation erfordert, mithin auch die geſchwiſterlichen Gütervertheilungen und älterlichen Anſatzbriefe ebenfalls sub poena nullitatis gerichtlich confirmirt werden ſollen.

Iſt nun, dieſem Allem zufolge, ein Contract über Immobilien ohne gerichtliche Confirmation nicht bloß für unvollkommen in dem Sinne zu halten, daß den Contrahenten bis zu deſſen vollſtändiger Erfüllung ein jus poenitendi zuſteht, zieht vielmehr der Mangel der Confirmation die gänzliche Nichtigkeit des Contracts, der erfolgten Tradition ungeachtet, nach ſich, ſo leidet es auch keinen Zweifel, daß jeder Dritte, deſſen rechtlichen Anſprüchen ein ſolcher Contract entgegen geſtellt wird, ſich auf die Nichtigkeit deſſelben wegen mangelnder Beſtätigung müſſe berufen und denſelben dadurch unwirkſam machen können. Auch über dieſe ſpecielle Folgerung haben wir eine authentiſche Interpretation, welche zugleich dem obigen Hauptſatze zu noch mehrerer Bekräftigung dient. Der veranlaſſende Fall war folgender: der Eigenthümer eines Grundſtücks hatte daſſelbe mittelſt eines ſchriftlichen vor 2 Zeugen errichteten Contracts an einen Andern verkauft, und der Käufer daſſelbe in Beſitz genommen und ausgeſtellt. Einige Monate nachher verkauft Erſterer das nämliche Grundſtück an einen Dritten, und über dieſen Verkauf wird ein gerichtlicher Contract ausgefertigt. Die Regierung, ungewiß über die Entſcheidung dieſes Falles, fragt nun, weil es hierbei hauptſächlich auf Interpretation des §. 4. der Contractenordnung ankomme, höchſten Orts darüber an, ob die hierin enthaltne Dispoſition auch auf dergleichen casus, wenn bei dem erſten Contract ſonſt alle requisita juris vorhanden, auch die traditio wirklich geſchehen, mithin das dominium rei venditae transferirt worden, zu appliciren, und alſo nichts deſtoweniger bei ſolchen Umſtänden ein Privat-Kaufcontract dergeſtalt für null und nichtig zu achten ſey, daß, ohne den ſonſt hierunter verſirenden dolum, und daß der erſte Käufer um ſeine Action ad interesse gegen den Verkäufer komme, zu attendiren, ein weiterer Verkauf cum effectu ſtatt finden könne, und der erſte Käufer dem zweiten auf einen gerichtlich confirmirten Kaufbrief weichen müſſe? — Hierauf erfolgte jedoch die landesherr-

liche Entſcheidung: der erſte Contract iſt null, und alſo stricte nach dem §. 4. der emanirten Ordnung, jetzo und ins Künftige zu ſprechen [m]). Ebenſowohl, wie nun hier dem zweiten Käufer, der in Rückſicht des erſten Contracts offenbar als ein Dritter erſcheint, dennoch geſtattet wird, die aus dem Mangel der gerichtlichen Beſtätigung entſpringende Ungültigkeit dieſes unter den Contrahenten vollzogenen Contracts in ſeinem Intereſſe geltend zu machen, oder, was das Nämliche iſt, denſelben wegen jenes Mangels anzufechten, ebenſowohl muß auch jedem Anderen, der bei der Unwirkſamkeit des nicht confirmirten Contracts ein rechtliches Intereſſe hat, die Anfechtung der Gültigkeit des ihm entgegengeſetzten nicht confirmirten Contracts geſtattet ſeyn.

Können aber ſelbſt dritte Perſonen, welche den Contrahenten völlig fremd ſind, einen von dieſen agnoscirten Contract wegen Mangels der Confirmation in ihrem eignen Intereſſe anfechten, ſo müſſen dazu noch vielmehr die Erben der Contrahenten berechtigt ſeyn, auf welche das Letzteren zuſtändige, und zu jeder Zeit von ihnen auszuübende, Anfechtungsrecht transmittirt worden iſt. Auch ſteht ihnen hierbei die Regel, daß die Erben an die Handlungen ihres Erblaſſers gebunden ſeyen, nicht entgegen, indem dieſe bei formell ungültigen Geſchäften keine Anwendung leidet [n]), weil das dieſelbe begründende Repräſentations-Princip gerade dahin führt, daß der Erbe alle und jede Anſprüche, die nicht höchſtperſönliche ſeines Erblaſſers ſind, gleich dieſem, geltend machen könne, welchem gemäß auch in den Deciſionen [o]) ausdrücklich nur in dem Falle, wo der defunctus nicht agiren darf, ſolches auch dem Erben abgeſprochen wird.

So ſtellt ſich alſo, mit Rückſicht auf den obigen zweiten Streitpunct, auch der dieſer Abhandlung an die Spitze geſtellte Grundſatz als erwieſenes Princip des kurheſſiſchen Particularrechts dar.

m) Extr. Geh. Raths Prot. v. 16. März 1734, (IV, 239). Dieſe Entſcheidung ſtimmt ganz mit den von der eigentlichen resignatio judicialis geltenden Grundſätzen überein: Mevius l. c. n. 10. Klein l. c. Cap. III. §. 8. 9.

n) *Decisiones*. T. II. dec. 235. n. 2. dec. 322. n. 12.

o) T. II. dec. 257. n. 11.

In denjenigen einzelnen Fällen, welche in der neueſten Zeit bei dem Oberappellationsgerichte zur Entſcheidung gekommen [p]), und nach den in der bisherigen Ausführung entwickelten Grundſätzen beurtheilt worden ſind, trat zugleich noch eine Beſonderheit ein, die wohl ſpeciell erwähnt zu werden verdient. In zweien derſelben war es nämlich nicht der gänzliche Mangel der gerichtlichen Beſtätigung, ſondern nur die Incompetenz des beſtätigenden Richters, und die hieraus folgende Ungültigkeit der wirklich vorhandenen Beſtätigung, welche als Grund der Anfechtung des incompetent confirmirten Contracts geltend gemacht wurde. Man nahm indeſſen an, daß die Incompetenz der Confirmation völlig gleiche Wirkung mit dem gänzlichen Mangel derſelben habe, weil ſchon nach der Natur der Sache ein Richter, welcher einen Act incompetent, alſo außer den Grenzen ſeiner Amtsbefugniß, vornimmt, dabei gar nicht als Richter, ſondern als Privatperſon, handle [q]), weshalb die von einem incompetenten Gerichte vorgenommene Beſtätigung gar nicht als gerichtliche angeſehen werden könne; dieſem völlig gemäß auch durch das Regierungs-Ausſchreiben vom 23. Novemb. 1744 [r]) die vor die Regierungen gehörigen Confirmationen, wenn ſie von einem Beamten vorgenommen worden, für ſolche, die „ganz von keiner Kraft und Verbindlichkeit" ſeyen, erklärt würden, dieſe geſetzliche Verfügung aber, bei völliger Gleichheit des Grundes, auch umgekehrt anzuwenden ſey, zumal auch in den Deciſionen [s]) im Allgemeinen vorausgeſetzt werde, daß die Landesgeſetze die Confirmation des competirenden Richters sub poena nullitatis gebieten [t]). Für einen erheblichen Gegengrund der Aufhebung des incompetent confirmirten Contracts ward es auch nicht gehalten, daß in dem einen jener Fälle über die Competenz des confirmirenden Richters lange ein Proceß anhängig, und derſelbe zur Zeit der Confirmation im Beſitz der Competenz geweſen, dieſe ihm aber erſt nachher aberkannt worden war; indem man vielmehr dafür hielte, daß die nunmehr erkannte Incom-

p) Ein ſolcher, das Anfechtungsrecht der Erben mit betreffender, Fall iſt ſchon abgedruckt in den *Decis.* T. III. dec. 160.

q) l. 3. D. *de officio praesidis.*

r) L. O. IV, 875.

s) T. II. dec. 315. n. 7.

t) Zu vergleichen ſind noch *Decisiones.* T. II. dec. 229. p. 251. 254.

petenz, nach der Regel, quod sententia jus non faciat, sed tantum declaret, als ſtets vorhanden angenommen werden müſſe; und wenn gleich die Contrahenten ſelbſt unter jenen Umſtänden kein Verſchulden treffe, da ſie in einem ſchwer zu vermeidenden Irrthum geſchwebt, und ihnen probabilis causa, den Richter für competent zu halten, zur Seite geſtanden hätte, dieß jedoch die Anwendung des ſtrengen Rechtsprincips nicht zu hindern vermöge, indem, wo es auf Beobachtung der geſetzlichen Form eines Rechtsgeſchäfts ankomme, nur allein das Factum, ob dieſe Form beobachtet worden, entſcheide, ohne auf ſubjective Gründe, wodurch die Betheiligten zu deren Unterlaſſung bewogen worden, Rückſicht zu nehmen; hiergegen auch die in einer der gedruckten Deciſionen [u]) enthaltene abweichende Anſicht nicht in Betracht kommen könne, weil dergleichen durch Billigkeitsgründe motivirte Entſcheidungen kein Präjudiz abgeben könnten, weßhalb auch in einer ſpätern Deciſion [v]) ausdrücklich ausgeſprochen ſey, daß eben jene Entſcheidung „wegen der vielen daſelbſt einſchlagenden beſonderen Umſtände“ nicht zur Conſequenz gezogen werden könne.

Die beiden Fälle, worin dieſe ſpeciellen Rückſichten mit in Erwägung kamen, werden zugleich hinreichen, die obige allgemeine Ausführung practiſch zu beſtätigen.

I.

Die Wittwe des F. Rotenburgſchen Kammerſecretärs St. und deren unverheirathete Schweſter ſchließen mit dem daſigen Becker Dietrich W. und deſſen Ehefrau einen Vertrag, wodurch ſie dieſen einen ihnen eigenthümlichen Garten und ein Capital überlaſſen, wogegen letztere ſich zu gewiſſen jährlichen Leiſtungen an erſtere verpflichten. Dieſer Contract wird von beiden Theilen der F. Rotenburgſchen Canzlei zu Rotenburg zur Beſtätigung überreicht und von dieſer am 26. Jan. 1819 wirklich confirmirt.

Nach dem Tode der beiden Cedenten klagen deren Inteſtaterben, Landbereiter Z. und Conſ., gegen die Eheleute W. auf Annullation des obigen Vertrages, weil derſelbe zu ſeiner Gültig=

u) T. II. dec. 83.
v) T. II. dec. 315. n. 5.

keit der Beſtätigung des competenten Gerichts bedurft habe, die Canzlei zu Rotenburg aber, welcher keine freiwillige Gerichtsbarkeit, am wenigſten über Schriftſäſſige, zuſtehe, nicht competent zu der ertheilten Confirmation geweſen ſey. Sie tragen daher auf Eröffnung der Inteſtat-Erbfolge und Verurtheilung der Verklagten zur Herausgabe der Erbſchaft cum omni causa an.

Die Verklagten halten dafür, daß der Vertrag als remuneratoriſche Schenkung keiner gerichtlichen Inſinuation bedurft habe, und von jedem auch ſonſt nicht competenten Richter habe confirmirt werden können; daß auch die Frage, ob die Canzlei Verträge über Immobilien zu confirmiren befugt ſey, hieher nicht gehöre, ſondern lediglich den dabei betheiligten obrigkeitlichen Perſonen zu überlaſſen ſey; daß aber, ſelbſt unter Vorausſetzung der Incompetenz der Canzlei zu der befragten Confirmation, die Contrahenten nicht darunter leiden könnten, da ſie Alles gethan hätten, was ſie nach der Contractenordnung ſchuldig zu ſeyn geglaubt hätten, und, wenn eine unrichtige Behörde aus Unkunde von ihnen angegangen worden, dieß um ſo weniger einigen Nachtheil für ſie haben könne, weil nur die Unterlaſſung der Confirmation, keinesweges aber deren Ertheilung durch die nicht befugte Obrigkeit, die Nullität des Contracts nach ſich ziehe.

Nach vollſtändiger Verhandlung der Sache weiſ't der Beamte, unter Vorausſetzung der Nichtigkeit des von der Canzlei confirmirten Vertrages, die Verklagten an, das ganze durch denſelben auf ſie übertragene Mobiliar- und Immobiliar-Vermögen nebſt den davon gezogenen Nutzungen an die Kläger herauszugeben, wegen ihrer Gegenleiſtungen und Meliorationen aber ſich mit dieſen zu berechnen.

Dieß Erkenntniß wird auch, auf die Appellation der Verklagten, von der Regierung in dem Hauptpuncte beſtätigt, indem dieſelbe durch Remiſſorialen vom 20. Octob. 1821 erkennt, daß der am 21. Januar 1819 von der Canzlei zu Rotenburg confirmirte Vertrag in Anſehung des darin abgetretenen Gartens für ungültig zu erklären, die Appellanten jedoch nur zur Herausgabe dieſes Grundſtücks nebſt den davon gezogenen Nutzungen zu verurtheilen ſeyen. Die Entſcheidungsgründe, ſofern ſie hieher gehören, waren: daß das vorliegende Rechtsgeſchäft, als ein Veräußerungsvertrag über Immobilien, zu ſeiner Gültigkeit der gerichtlichen Beſtätigung bedürfe; — daß aber ſolche in Anſehung derjenigen Verträge, bei welchen ein

Contrahent

Contrahent unmittelbar der Regierung unterworfen ſey, nur bei dieſer mit Rechtsbeſtand geſchehen könne, und die von der Inſinuation der Schenkungen geltenden Grundſätze theils, weil hier keine Schenkung vorliege, theils weil dadurch der ſpeciell rückſichtlich der zu veräußernden Immobilien vorgeſchriebenen Form nicht derogirt werde, nicht zur Anwendung kommen könnten; — daß der Canzlei zu Rotenburg über Schriftſäſſige in der Regel keine Civil-Jurisdiction zuſtehe, und insbeſondere die Wittwen der Rotenburgiſchen Officialen, wie durch rechtskräftiges Urtheil w) feſtſtehe, ihren ausſchließlichen Gerichtsſtand bei der Regierung haben, mithin die genannte Canzlei auch, wenn ihr im Allgemeinen die in Anſpruch genommene freiwillige Jurisdiction zuſtände, doch in Rückſicht der Wittwe des Kammerſecretärs St. eben ſo wenig, als der übrigen, unbeſtritten dem Amte untergebenen, Paciscenten für die zuſtändige Behörde zu halten ſey; — daß deren bisherige Anmaaßung einer Gerichtsbarkeit der fraglichen Art, bei dem Mangel eines ordentlichen Beſitzes, in keinen rechtlichen Betracht komme, und das Vorgeben eines Rechts-Irrthums der Contrahenten, vermöge deſſen ſie ſich an einen mit dieſer Art der Jurisdiction nicht verſehenen Richter gewendet hätten, um ſo weniger Rückſicht verdiene, als es ſich hier von einer bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchriebenen Form handele; — daß auch die in den Geſetzen, und zwar in Beziehung auf das Rechtsverhältniß der Contrahenten, ausgeſprochene Nichtigkeit des Geſchäftes von den Appellanten, welche, als Erben der beiden Verkäufer, für Dritte nicht zu halten ſeyen, geltend gemacht werden, die Nichtigkeit jedoch nur in Anſehung derjenigen Gegenſtände, wegen welcher die gerichtliche Beſtätigung vorgeſchrieben ſey, mithin nur hinſichtlich des veräußerten Grundſtückes, eintreten könne, wogegen der Rechtsbeſtändigkeit der darin vorgenommenen Alienation der beweglichen Gegenſtände nichts im Wege ſtehe; — daß endlich, bei der aus einem Mangel der Form herrührenden theilweiſen Nichtigkeit des Vertrags, ein guter Glaube der Appellanten im rechtlichen Sinne nicht anzunehmen ſey, jedenfalls auch die von den Immobilien während des, kurz nach dem Tode der Geſchwiſter C. angefangenen, Rechtsſtreites gezogenen, und damals noch nicht verzehrten, Früchte zu erſtatten ſeyn würden.

Die Verklagten appelliren nunmehr weiter an das Oberappellationsgericht, und ſtellen, neben einigen anderen hier unmittelbar nicht einſchlagenden, folgende drei Beſchwerden auf, daß 1) der von der F. Rotenburgſchen Canzlei confirmirte Vertrag in Anſehung des dadurch abgetre-

w) Oberappellationsgerichts-Decret vom 29. Jan. 1820, in S. Rotenb. Anwalt g. Procurator Fisci: *Decis.* T. III. p. 505. not. *

tenen Gartens für ungültig erklärt, daß 2) ſie demzufolge zur Herausgabe des Gartens angewieſen, und ſogar 3) zur Erſtattung der Nutzungen verurtheilt worden ſeyen.

Auch bei dem Oberappellationsgerichte ward jedoch in der Hauptentſcheidung nichts abgeändert, ſondern nur auf die dritte Beſchwerde eine Modification beigefügt, wie nachſtehendes am 14. Decemb. 1822 ausgeſprochnes Decret ergiebt:

„In Erwägung, daß, zur erſten und zweiten Beſchwerde, die Appellanten die Entſcheidungsgründe der angefochtenen Regierungs-Remiſſorialen nicht widerlegt haben; — —

daß aber, zur dritten Beſchwerde, ein böſer Glaube der Appellanten, welche den von der Canzlei confirmirten Contract für gültig hielten, nicht anzunehmen iſt;

werden die vom Procurator K. gebetenen Appellations-Proceſſe mit der Verordnung abgeſchlagen, daß die Appellanten nur die ſeit der ihnen eingehändigten Klage gezogenen Nutzungen des Gartens zu erſtatten anzuweiſen ſeyen.“

2.

Der Handelsmann Salomon G. zu Meimbreſſen erlangt am 21. Jan. 1819 wegen einer ausgeklagten Forderung an den Oberſteiger S. zu Oberkaufungen die gerichtliche Immiſſion in deſſen Antheil an dem Mittelthaler Braunkohlenwerke.

Auf den Widerſpruch des Schuldners, hauptſächlich darauf gegründet, daß er den Gegenſtand der Immiſſion ſchon früher an den Secretair P. zu Caſſel verkauft habe, wird jenem der Beweis auferlegt, daß er zur Zeit der erfolgten Immiſſion die Kuxe auf eine zu Recht beſtändige Weiſe bereits verkauft gehabt habe.

Dieſer Beweis wird, nach vorgängiger Adcitation des Käufers P., durch Vorlegung eines ſchon im Oct. 1818 der Regierung zur Confirmation eingereichten und von derſelben auch wirklich beſtätigten Kaufcontracts zwiſchen S. und P. über den befragten Bergwerksantheil zu führen geſucht; hierauf jedoch von dem Juſtizamte Grosalmerode durch Beſcheid vom 5. Jan. 1820 erkannt, daß, weil die Confirmation des Kaufcontracts für das Amt gehört

habe, mithin von der Regierung incompetent und nichtig ertheilt worden wäre, es bei der erkannten Immiſſion allerdings zu belaſſen ſey.

Auf die Appellation des Adcitaten wird aber dieſer Beſcheid von der Regierung zu Caſſel durch Remiſſorialen vom 20. März 1821 dahin abgeändert, daß, dem Antrage des Appellanten gemäß, die in den von ihm erkauften Bergwerks-Antheil unter dem 21. Jan. 1819 erkannte Immiſſion wieder aufzuheben ſey; aus nachſtehenden Entſcheidungsgründen: daß, bei der erfolgten Aufhebung der Berggerichte, die zur Veräußerung von Bergwerksantheilen, als Immobilien [x]), erforderliche Beſtätigung den ordentlichen Gerichten zukomme; — daß, da hiernach, bei der Schriftſäſſigkeit des Verkäufers S., als eines Bergbeamten höheren Grades, nur die Regierung zur Beſtätigung des fraglichen Verkaufs competent geweſen ſey, die dieſer letzteren gleichzuachtende Ueberreichung des Kaufbriefs bei der Regierung zur Gültigkeit des Vertrags unter den Contrahenten hingereicht habe [y]); — daß mithin auch dem Appellaten (Kläger) die von ſeinem Schuldner, deſſen Rechte auf den fraglichen Bergwerksantheil er lediglich geltend gemacht, vor erkannter Immiſſion vorgenommene Veräußerung entgegen ſtehe, und daher der Appellant die Wiederaufhebung der Immiſſion verlangen könne.

Auf die hiergegen von dem Kläger ergriffene Berufung erfolgte jedoch bei dem Oberappellationsgerichte, nach erkannten Proceſſen, am 18. Decemb. 1822 nachſtehender Beſcheid:

„In Erwägung, daß die in den Regierungs-Remiſſorialen vom 20. März 1821 vorausgeſetzte Schriftſäſſigkeit des Coappellaten S. zur Zeit der Confirmation des mit dem Coappellaten P. abgeſchloſſenen Kaufcontracts, als Ausnahme von der Regel, nicht vermuthet werden kann, und auf keine Weiſe nachgewieſen worden iſt; vielmehr das Gegentheil hiervon um deßwillen angenommen werden muß, weil ꝛc. — —

in weiterer Erwägung, daß, unter Vorausſetzung der Incompetenz der von der Regierung ertheilten Confirmation, der confirmirte Kaufcontract nicht dazu geeignet war, dem Coappellaten S. das Eigenthum des Bergwerksantheils zu entziehen, mithin die gegen ihn erkannte Immiſſion des Appellanten rechtlich unwirkſam zu machen,

x) Eichhorn Einl. in das deutſche Privatr. §. 275.

y) Hierüber iſt nachzuſehen: *Decis.* T. II. dec. 176. n. 2. T. III. dec. 160. Kopp Handb. Th. I. S. 208. Th. II. S. 427. — Die näheren Beſtimmungen jenes nur mit Vorſicht anzuwendenden Satzes mitzutheilen, wird ſich hiernächſt eine Gelegenheit finden.

weil die von einem incompetenten Richter ertheilte Confirmation, indem derſelbe dabei außer den Grenzen ſeiner Amtsbefugniß handelt, als gar nicht geſchehen zu betrachten iſt, wie ſolches auch in dem Regierungs = Ausſchreiben vom 23. Novemb. 1744 anerkannt wird;

ohne gerichtliche Confirmation aber das Eigenthum verkaufter Immobilien nicht auf den Käufer übergeht, und deren Mangel ſogar zufolge der authentiſchen Interpretationen der Contractenordnung vom 16. März 1734 und 14. Juli 1741 den Contract ſelbſt dergeſtalt nichtig macht, daß auch jeder Dritte, deſſen rechtlichen Anſprüchen derſelbe entgegen geſetzt werden ſoll, dieſe Nichtigkeit geltend zu machen befugt iſt;

wird auf das in dieſer Inſtanz Verhandelte und erfolgten Schluß zu Recht erkannt, daß mit Aufhebung der Remiſſorialen der vormaligen hieſigen Regierung vom 20. März 1821, der Beſcheid des Amtes Grosalmerode vom 5. Jan. 1820 wieder herzuſtellen ſey."

Lehnrecht.

XIV.

Nach den, in Kurheſſen geltenden, Grundſätzen des teutſchen Rechts von der Geſammten Hand werden diejenigen Seitenverwandten des Lehnsbeſitzers, welche nicht fortwährend in der Mitbelehnung geblieben ſind, alles Rechts an dem Lehen verluſtig.

Es giebt wohl keine Lehre des in Teutſchland geltenden Lehnrechts, über welche mehr und heftiger pro und contra geſchrieben und geſtritten wäre, als die von der Geſammten Hand und deren Anwendung in den einzelnen teutſchen Staaten. Allein dieſer ganze Streit beſchränkte ſich objectiv auf eine beſtimmte Frage: ob nämlich die Lehre von der Geſammten Hand ſich als gemeines Recht für teutſche Lehen überhaupt erhalten habe, oder ob ſie nur in gewiſſen Lehnscurien ausnahmsweiſe noch als Provinzialrecht gelte? — er beſchränkt ſich ſubjectiv hauptſächlich auf die älteren Feudiſten bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts, indem die meiſten neueren, welche, ſeitdem ein beſſerer Geiſt durch allgemeiner verbreitete hiſtoriſche Forſchung in die Bearbeitung des teutſchen Rechts eingedrungen iſt, über dieſen Gegenſtand geſchrieben haben, vorzugsweiſe denjenigen ſich anreihen, welche die Grundſätze von der Geſammten Hand als Regel für die teutſche Lehnsſucceſſion der Seitenverwandten betrachten, und daher für deren Anwendbarkeit bis zum Beweiſe des Gegentheils die rechtliche Vermuthung gelten laſſen. — Dieſer ganze Streitpunct, mit allen ſeinen nicht unerheblichen Folgerungen auf die einzelnen Beſtimmungen der Succeſſion vermöge der Mitbelehnung, liegt jedoch gänzlich außer dem Kreiſe der Entſcheidungsquellen für den Richter in denjenigen Staaten, wo es einmal factiſch unbezweifelt iſt, daß daſelbſt die Lehre von der Geſammten Hand — ſey es als Ausfluß des gemeinen Rechts,

oder als Particularnorm — wirklich beibehalten und fortwährend im Gebrauche ſey. Läßt ſich dieſes für ein beſtimmtes Land nachweiſen, und demnach die Geſammte Hand daſelbſt als beſtehendes Recht annehmen, ſo bedarf es da für die Anwendung auf einzelne ſtreitige Fälle keiner weiteren Unterſuchung, als nur darüber, worin eigentlich das Weſen der Geſammten Hand beſtehe, worin ſie ſich von der Mitbelehnung des longobardiſchen Rechts unterſcheide, und wie ſich dieſe ihre rechtliche Natur bei den darnach zu beurtheilenden Succeſſionsfällen wirkſam äußere; bei welcher Unterſuchung Alles von einer ſicheren hiſtoriſchen Begründung dieſes Inſtituts in ſeinem ehemaligen und gegenwärtigen Umfange abhängt.

Von den älteren Lehnrechts-Schriftſtellern wird gewöhnlich nur das Reſultat einer ſolchen Forſchung, dieß jedoch auf eine völlig übereinſtimmende Weiſe, angegeben; mit Recht aber bezeichnen J. H. Böhmer [a]) und Pütter [b]) eben dies Reſultat als exorbitante Abweichung von den Grundſätzen des longobardiſchen Rechts. — Bekanntlich ruhet nach dem longobardiſchen Rechte die Lehnsfolge überhaupt, und inſonderheit die der Seitenverwandten, lediglich auf dem Geblütsrechte (jus sanguinis) mit Rückſicht auf den erſten Erwerber; nur allein die Abſtammung von dieſem iſt der Grund aller Lehnsfolge [c]), und es werden alle Diejenigen, welche von dem erſten Erwerber abſtammen, als in der ihm ertheilten Inveſtitur mit begriffen, und als in ſein Recht ſuccedirend, betrachtet [d]). Daher erſcheint die den Agnaten obliegende Lehnserneuerung keinesweges als materielle Bedingung ihres Succeſſionsrechts, ſondern nur als eine Verpflichtung gegen den Lehnsherrn, welche demjenigen obliegt, welchem das Lehen vermöge der früheren Inveſtitur ſchon wirklich deferirt iſt [e]), und der jetzt nur zur eignen Ausübung des ihm längſt erworbenen Rechts gelangen will; welcher Anſicht gemäß die

a) consultationes. T. I. P. II. resp. 78. n. 3.

b) Rechtsfälle. B. I. resp. 14. n. 28.

c) II. F. 31.

d) G. L. Böhmer princ. jur. feud. §. 120. 121.

e) G. L. Böhmer l. c. §. 183.

die Vernachläſſigung der Lehnserneuerung nur eine dem Verſchulden angemeſſene Strafe nach ſich zieht, und nur im Falle böslich beabſichtigter Geringſchätzung des Lehnsherrn, dieſen auf Privation anzutragen berechtigt [f]). Nach teutſchem Rechte hingegen beruhet die Lehnsfolge, inſonderheit der Collateralen, nicht auf Verwandtſchaft oder Abſtammung von dem erſten Erwerber, ſondern lediglich auf eigner Theilnahme an der Inveſtitur, auf Sammtbelehnung oder auf der ſogenannten Geſammten Hand, welche das einzige Fundament der Succeſſion ausmacht [g]). Sie bedarf zur Aufrechthaltung des Miteigenthums der Lehnserneuerung auch von Seiten derer, welche das Lehen gar nicht beſitzen [h]), und wo ſie gilt, kann ohne ſie kein Agnat in das Lehen ſuccediren [i]), indem die Succeſſion nicht als Eintritt in ein von dem erſten Erwerber transmittirtes, ſondern als Ausübung eines durch Mitbelehnung begründetes eignes Recht, betrachtet wird. — Der eigenthümliche Character dieſer Singularität der teutſchen Lehnsfolge läßt ſich jedoch nur mittelſt geſchichtlicher Nachweiſung recht erkennen.

Die altteutſche Erbfolge in liegende Güter beruhete, wie ſeit Pütters und Reinhard's Ausführungen kaum noch unter den neuern Germaniſten bezweifelt werden dürfte, überhaupt nicht auf Blutsverwandtſchaft; nur Gemeinſchaft des Eigenthums, und Fortſetzung des gemeinſchaftlichen Eigenthumsbeſitzes, verlieh einzig und allein darauf einen gültigen Anſpruch [k]). Dieſe Eigenthümlichkeit unſeres vaterländiſchen Rechtes finden wir inſonderheit für die Lehnsfolge durch die alten Sammlungen der Rechtsgewohnheiten des Mittelalters ausdrücklich beſtätigt. Nur die gleiche Gewehre — oder der rechtmäßige Beſitz eines Lehens [l]) — gab und erhielt jedem einzelnen Mitbelehnten ſein Succeſſions- oder eigentlich Conſolidations-Recht in Anſehung der Uebrigen; trat einer aus der Gewehre heraus, ſo war ſein Recht verloren, und bei einem Todesfalle ohne Kinder (welche ispo jure die Ge-

f) Böhmer l. c. §. 190.
g) Böhmer l. c. §. 159. 161.
h) Weber Handb. d. Lehnr. B. IV. §. 157. N. 4.
i) Püttmann elem. jur. feud. §. 271.
k) v. Ende juriſt. Ausführungen. N. X. §. 5.
l) Hellbach Wörterbuch d. Lehnr. S. 112.

wehre fortſetzten [m]), fiel das Lehen dem Lehnsherrn wieder zu [n]). Daher im Kaiſerrecht die hieraus gezogene Rechtsregel: Lehnrecht ohne Gewehre iſt nicht Lehen; oder: Alles Lehen ohne Gewehre mangelt der Folge! [o]) In alten Zeiten alſo ſuccedirten die Seitenverwandten nur, wenn ſie in Gemeinſchaft mit dem Vaſallen ſtanden; wo dieſe nicht war, fiel die Succeſſion hinweg; auch reichte nicht eine bloß idealiſche Gemeinſchaft hin, ſondern es mußte dieſelbe durch wirklichen Mitbeſitz und Mitgenuß ausgeübt werden [p]). In der Folge dachte man jedoch auf ein Mittel, ſich auch nach dem Austritt aus der Gemeinſchaft das Succeſſionsrecht zu erhalten, indem man nämlich den Lehnsherrn erſuchte, mit den aus dem Beſitz getretenen Agnaten einen Vertrag wegen der künftigen Lehnsfolge einzugehen [q]), welcher Anfangs ſich bloß auf eine Anwartſchaft oder Eventual-Belehnung beſchränkte, mit dem Anfange des 14ten Jahrhunderts aber die Natur der heutigen Sammtbelehnung annahm [r]). Dergleichen Sammtbelehnungen nun verſicherten allen darin begriffenen Perſonen die Gemeinſchaft des Eigenthums an dem Lehen, unabhängig von dem dem Einen oder dem Andern durch Theilung oder Uebereinkunft eingeräumten alleinigen Benutzungsrechte [s]), wobei man jedoch die eigentliche Beſchaffenheit dieſer Veränderung, daß nämlich die Lehnsherrn dadurch, an die Stelle der früheren, die Lehnsfolge allein ſichernden, Naturalgemeinſchaft, einem andern für die Vaſallen weniger läſtigen Mittel, der ſymboliſchen Gemeinſchaft, die gleiche Wirkung zugeſtanden [t]) und daß alſo dieſe Mitbelehnung urſprünglich bloße Gnadenſache war [u]), nicht außer Augen laſſen darf. — Daher iſt in denjenigen Lehnhöfen, wo ſich das teutſche Recht erhalten hat, der Grundſatz noch in voller Gültigkeit: Alle Seitenverwandten haben als ſolche

m) Zepernick Samml. lehnrechtl. Abhandl. Th. IV. S. 103.

n) Sächſiſches Lehnrecht. Art. 34. Schwäbiſches Lehnrecht. Cap. 37.

o) Kaiſerrecht. Cap. 32. §. 6. Cap. 109. §. 12.

p) Weſtphal Lehnrecht. Abh. X. §. 23.

q) Siegel de simult. invest. sine cons. vas. impetr. §. 11. (Zepernick analecta jur. feud. T. II. p. 49.)

r) Schnaubert Commentar üb. das Lehnrecht. S. 443.

s) v. Ende a. a. O. §. 18.

t) v. Pfitzer Lehensfolge. §. 82—85.

u) Eichhorn deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte. B. IV. §. 567. Not. 9.

kein Recht zur Lehnsfolge; ſie folgen nur vermöge der Gemeinſchaft oder des Gedings, und wenn ſie dieſes nicht haben, ſo giebt ihnen ihre Verwandtſchaft mit dem letzten Beſitzer gar keine Anſprüche [v]). Hieraus folgt, daß, da dieſe Gemeinſchaft heutzutage in der Sammtbelehnung beſteht, alle diejenigen, welchen es an dieſer fehlt, auf eben dieſelbe Art ausgeſchloſſen werden, wie dieſes ehemals bei denen, die ſich nicht in der Naturalgemeinſchaft oder in der Gewehre befanden, der Fall war, und daß es auch nicht hinreiche, daß ein Seitenverwandter in einer ehemaligen Sammtbelehnung enthalten war, derſelbe vielmehr, wie jeder Fremde, bis zum Eröffnungsfalle in dem Geſämmtniß geblieben ſeyn, oder, nach der Sprache der Lehnscurien, von Fall zu Fall der geſammten Hand Folge geleiſtet haben müſſe [w]), jede verabſäumte Erneuerung der Mitbelehnſchaft aber, indem ſie die Gemeinſchaft des Eigenthums, als einzigen Grund der Lehnsfolge, aufhebt, zugleich den Verluſt der Lehnsfolge nach ſich ziehe [x]), ſo daß die Aufhebung der Succeſſion als die natürliche Folge der gebrochenen Hand (rupta manus) erſcheint [y]). — Das Neueſte, was hierüber, ganz mit der bisherigen Darſtellungsweiſe übereinſtimmend, geſchrieben worden, iſt von Zachariä, welcher in einer Beurtheilung mehrerer die Regierungsnachfolge in das Herzogthum Sachſen-Gotha betreffender Schriften [z]) folgende Sätze aufſtellt: Es war ein Grundſatz des altteutſchen Lehnrechts: Thei-

v) Daher kommt es auch, daß die Analogie des Erbrechts, vermöge deren man den ex jure sanguinis ſuccedirenden Vaſallen die gewöhnlichen Erbſchaftsklagen — hereditatis petitio et interd. quorum bonorum — zu geſtatten pflegt: Pufendorf observ. T. II. obs. 54. Weidner von ger. Klagen und Einreden. Th. II. §. 593. *Decisiones.* T. I. dec. 32. n. 1. T. III. dec. 87. n. 4. 5., doch denen, welche bloß vermöge der Geſammten Hand ſuccediren, nicht zu ſtatten komme, von ihnen vielmehr die rei vindicatio anzuſtellen ſey: *Decis.* T. III. dec. 9. n. 1., weil hier der Singulartitel ihrer Erbfolge, oder die ſpecielle Uebereinkunft mit dem Lehnsherrn, wodurch ihnen das Succeſſionsrecht mittelſt der Sammtbelehnung erhalten worden iſt, den unmittelbaren Klaggrund ausmacht.

w) v. Pfitzer a. a. O. §. 92. 94.

x) v. Ende a. a. O. §. 33. 43.

y) Pufendorf observ. T. IV. obs. 220. §. 17. 18.

z) Heidelberger Jahrbücher von 1823. N. 57.

lung bricht Folge! Der Strenge dieſes Grundſatzes ſuchten die Vaſallen ſich allenthalben zu entziehen, daher griff man, um ſich zu helfen, zu den Sammtbelehnungen, als einem Mittel, unbeſchadet jenes Grundſatzes oder gegen denſelben das Recht der gegenſeitigen Lehnsfolge bei einer Theilung zu ſichern. Mehrere Brüder z. B. wurden für Einen Mann beliehen, gleich als ob ſie ſich nicht getheilt hätten, ſondern fortdauernd im gemeinſchaftlichen Beſitz des Lehens wären; wobei das Weſentliche immer das blieb, daß die ſämmtlichen Beliehenen als Geſammteigenthümer und Geſammtbeſitzer betrachtet wurden. Der Grundſatz: Theilung bricht Folge, blieb dabei fortdauernd Rechtens; aber anſtatt daß urſprünglich, wenn der Lehnsbeſitzer ohne Leibeserben verſtarb, das Lehen den übrigen Agnaten nur inſofern ungeſchmälert verblieb, als ſie mit dem Verſtorbenen (vi coinvestiturae verae) in dem Geſammtbeſitze des Lehens geweſen waren, vertrat nunmehr (mittelſt der quasiinvestitura) die rechtliche Fiction eines Geſammteigenthums und Geſammtbeſitzes die Stelle der wirklichen Gemeinſchaft. Die Sammtbelehnung (condominium et compossessio in solidum) — die wahre und die fingirte — blieb alſo ſchlechthin und allein der Rechtsgrund der Lehnsfolge nach teutſchem Rechte.

Nach dieſer, dem innern Weſen der Geſammten Hand durchaus entſprechenden Anſicht darf nun aber, was wohl zu beachten iſt, der durch das Unterbleiben der Sammtbelehnung eintretende Verluſt der Lehnsfolge nicht etwa unter den Geſichtspunct einer vom Lehnsherrn ausgehenden Privation, zu Beſtrafung eines von dem Agnaten begangenen Verſchuldens, geſtellt werden, in gleicher Weiſe, wie nach longobardiſchem Rechte der Vaſall, welcher die Lehnserneuerung verſäumte, wegen dieſes Lehnsfehlers anfänglich mit Geldbußen, und bei fortgeſetzter Nachläſſigkeit, die als Felonie erſcheint, mit der Entziehung des Lehens beſtraft wird. Beſtimmungen des longobardiſchen Rechts finden überhaupt, wo die Lehre von der Geſammten Hand in Gebrauch iſt, keine Anwendung, ſondern es muß dabei lediglich aus dem teutſchen Rechte, als worin dieſelbe allein ihren Grund hat, die Entſcheidung genommen werden *); für die hier vorliegende Frage aber ergiebt die Natur der Sache ſelbſt ſchon einen nothwendigen Grund der

*) Böhmer consultationes T. I. P. II. resp. 78.

Verſchiedenheit. Da nach longobardiſchem Rechte nicht die Mitbelehnung, ſondern nur die Abſtammung vom erſten Erwerber, das Lehnfolgerecht begründet, jene mithin in dieſem Betracht als eine bloße Formalität erſcheint, ſo iſt es klar, daß nicht der vermöge ſeiner Abſtammung vom erſten Erwerber zur Succeſſion wirklich berechtigte Agnat wegen Unterlaſſung jener Formalität ſeines Rechts ſofort verluſtig werden kann [a]), ſo lange ſich der Fall nicht zu einem Vergehen gegen den Lehnsherrn, zur Felonie, eignet. Ganz anders aber iſt es mit der Sammtbelehnung des teutſchen Rechts, denn indem dieſe den einzigen Grund der Lehnsfolge in ſich faßt, dieſe alſo „nicht aus angeborner Sippſchaft, ſondern lediglich aus Macht des Gedinges“ zuſteht [b]); und demnach hierbei keine Verwandtſchaft, ſondern nur die Benennung in der Mitbelehnung, in Betracht zu ziehen iſt [c]), ſo reicht hierbei das bloße Factum der unterbliebenen Lehnserneuerung hin, den hierdurch aus der Gemeinſchaft des Eigenthums getretenen Agnaten der Lehnsfolge zu berauben, ohne daß hierzu eine Felonie erfordert werde, oder böſer Vorſatz von ſeiner Seite hinzukommen müßte [d]). Für ganz unpaſſend und nur Verwirrung erregend erklärt daher auch v. Pfitzer [e]) die Erörterungen derjenigen Rechtsgelehrten, welche den bei unterbliebener Wahrung der Geſammten Hand eintretenden Verluſt des Succeſſionsrechts als eine Strafe betrach-

a) Bachmann üb. d. Lehnsfolge der Seitenverwandten. S. 102.

b) Brockes sel. observ. Obs. 532. Zepernick Samml. auserl. Abhandl. Th. IV. Abh. 7. §. 8.

c) Pütter Rechtsfälle. B. I. resp. 14. N. 14. Vorzüglich bemerkenswerth iſt in dieſer Hinſicht eine von dem Oberappellationsgerichte zu Celle auf eine deßhalbige Anfrage ertheilte Antwort: „es ſey das jus simultaneae investiturae hieſiger Lande im Schwange, und daraus folge, daß die *non nominati*, wenn ſie ſchon von dem primo adquirente herſtammen, *pro exclusis* zu halten“: Gercken verm. Abhandl. a. d. Lehn- und teutſchen Rechte. Th. I. N. 3. §. 8. Not. l. Eben dieſer Schriftſteller ſtellt auch für die Succeſſion vermöge der Geſammten Hand den allgemeinen Grundſatz auf: „daß die Geſammthänder beſtändig zur Pflicht gehabt, bei Veränderung des Lehnsherrn auf jeden Fall die Geſammte Hand zu verfolgen, und daß kein Agnat zur Lehnsfolge gelangen mag, er ſey denn namentlich in dem Lehnbriefe benannt.“

d) v. Ende a. a. O. §. 49. ff.

e) a. a. O. §. 96.

ten, die mit der geſetzwidrig unterlaſſenen Belehnungs-Nachſuchung verbunden ſey, und welche aus dieſem Grunde weitläuftige Unterſuchungen darüber anſtellen, ob zu Begründung dieſer Strafe ein böſer Vorſatz erforderlich oder ob Nachläſſigkeit ſchon hinreichend ſey; ferner ob der Verluſt ſchon kraft des Geſetzes eintrete, oder ein rechtliches Erkenntniß vorausſetze. „Der Verluſt des Succeſſionsrechts — ſagt er ſodann — iſt eine nothwendige Folge der mangelnden Lehensgemeinſchaft; es iſt von keiner Beſtrafung, und alſo auch von keiner Abmeſſung des Grades der Schuld oder Zurechnung, die Rede, ſondern es handelt ſich nur davon, ob bei Demjenigen, der in einem Lehen folgen will, diejenige Vorausſetzung, an welche die Lehensfolge geknüpft iſt, eintrete oder nicht; Lehensgemeinſchaft und Lehensfolge verhalten ſich zuſammen, wie Urſache und Wirkung; fehlt es an der Gemeinſchaft, ſo fällt die Lehensfolge als Wirkung von ſelbſt hinweg.“ Wobei jedoch dieſer Schriftſteller, §. 97, ſehr genau zwiſchen dem Falle unterſcheidet, wo die Belehnung gänzlich unterblieb, und wo einer der Agnaten in die wirklich geſchehene Belehnung nicht mit aufgenommen worden, indem dort (wo der bei dem eingetretenen Falle in der Mitbelehnſchaft noch Begriffene nur die förmliche Uebertragung des ihm ſchon wirklich angefallenen Rechts nachzuſuchen unterließ) allerdings von Verſchuldung und Strafe der Nachläſſigkeit die Rede ſeyn könne, hier aber auf die Verſchuldung gar nichts ankomme, da es an der Bedingung fehle, an welche die rechtliche Möglichkeit der Lehnsfolge geknüpft ſey.

Dieſes ſind die rechtlichen Grundſätze von der teutſchen Geſammten Hand, die man zwar auch wohl die ſächſiſche zu nennen pflegt, jedoch aus dem bloß zufälligen Grunde, weil in andern Ländern ſich der Namen verloren hatte, obwohl es nicht zu bezweifeln iſt, daß das Inſtitut ſelbſt in ganz Teutſchland ehedem als gemeines Recht in Gebrauch geweſen iſt [f]), und ſich in einer großen Anzahl teutſcher Lehnhöfe, vielleicht ſogar einer überwiegenden Mehrzahl [g]), bis auf den heutigen Tag erhalten hat, unter welchen, neben Braunſchweig und Lüneburg,

f) Senkenberg medit. jur. et histor. p. 517. Scheidemantel Repert. des Staats- und Lehnrechts. B. II. S. 264. Weber a. a. O. §. 160.

g) v. Pfitzer a. a. O. §. 91. a. E.

nebſt vielen andern, namentlich auch Heſſen, von den Schriftſtellern genannt wird [h]). — Auch in Heſſen müſſen daher folgerungsweiſe die obigen Grundſätze bei der Lehnsfolge der Agnaten zur Anwendung kommen.

Doch für dieſe ſo practiſch wichtige Schlußfolge läßt ſich noch weit mehr und Beweiſenderes, als das bloße Zeugniß fremder Schriftſteller, beibringen; es läßt ſich dieſelbe unmitttelbar aus den vaterländiſchen Rechtsquellen deduciren. Einer ſolchen Deduction zur ſichern Stütze wird aber die hier vorauszuſchickende Bemerkung dienen, daß es zur Nachweiſung ſolcher Gewohnheiten, welche ſich notoriſch in vielen teutſchen Staaten gegen das Eindringen des römiſchen Rechts im Gebrauch erhalten haben, für jeden einzelnen Staat, wo dieſer fortdauernde Gebrauch behauptet wird, nicht einer förmlichen Beweisführung bedürfe, indem man durch dieſes Erforderniß — als allgemeine Maxime angenommen — beinahe allen teutſchrechtlichen Gewohnheiten geradezu Vernichtung zuerkennen würde. Die nähere Ausführung dieſer gewiß richtigen Bemerkung findet man bei Pütter [i]), welcher ſogar dem bloßen Zeugniſſe bewährter Schriftſteller die Wirkung beilegt, die Richtigkeit ſolcher beibehaltnen Gewohnheitsrechte zu beſtärken, was auch Struben [k]) annimmt, wenn das Zeugniß nicht in folle ertheilt, ſondern mit tüchtigen Gründen unterſtützt iſt, oder mehrere actus angeführt werden, welche ergeben, daß ein gewiſſes Recht im Lande üblich iſt [l]). Um ſo weniger ſind aber die Gerichte bei der Beurtheilung des über den Gebrauch einer Gewohnheit geführten Beweiſes nur an ſolche Beweismittel, welche eine äußerlich erkennbare Gewißheit geben, gebunden, vielmehr für ermächtigt und verpflichtet zu halten, hierbei zunächſt und unmittelbar aus den ihnen offen ſtehenden Quellen des Gerichtsgebrauches zu ſchöpfen. Dieß vorausgeſetzt, wird nun die hier folgende Zuſammenſtellung aller Beweisgründe für

h) Senkenberg de usu juris feudalis in Germania; ap. Jenichen thes. jur. feud. T. I. p. 306. Gercken a. a. O. §. 8. Not. l. Scheidemantel a. a. O. S. 266. Böhmer princ. jur. feud. §. 165. not. a. Weber a. a. O. v. Pfitzer a. a. O. §. 91.

i) auserleſene Rechtsfälle. B. III. resp. 258. N. 25 ff.

k) Nebenſtunden. Th. V. Abh. 32. §. 28.

l) Als Praxis des Reichskammergerichts bezeugt eben dieſes Minsinger in observ. camer. Cent. 5. obs. 96.

die fortwährende Gültigkeit der Geſammten Hand in Kurheſſen gewiß für erſchöpfend gehalten werden.

I.) Die älteſte und ſehr bedeutende urkundliche Nachricht über den nach Einführung des longobardiſchen Rechts fortgeſetzten Gebrauch der Geſammten Hand in Heſſen iſt das Project eines Landrechts der 4 fürſtlichen Brüder von 1581, welches nach Philipps II. Tode von den übrigen 3 Brüdern von Neuem verfaßt worden, und zufolge deſſen die von der Seitenlinie herrührenden Agnaten nur, wenn ſie vom erſten Erwerber abſtammen, und in der Sammtbelehnung nach Inveſtituren-Ausweiſung befunden werden, zur Lehnsſucceſſion zugelaſſen, dahingegen, wenn ſie von dem erſten Erwerber nicht herkommen, oder auch herkämen und doch mit dem letztverſtorbenen Vaſallen in der Sammtbelehnung nicht geblieben wären, dieſelben nicht allein im erſten Falle wegen mangelnden Beweiſes der Abſtammung, ſondern auch in andern wegen unterlaſſener, verſäumten, und nicht, wie ſichs gebührt, geſuchten Sammtbelehnung, von der Succeſſion und Lehnsfolge ausgeſchloſſen und das Lehen den Eigenthumsherrn eröffnet ſeyn ſolle; „wie ſolches bis anhero in unſeren Fürſtenthumen, Gebieten, Graf- und Herrſchaften gebräuchlich und üblich geweſen“ m). — Iſt nun gleich dieſes Landrecht nicht als Geſetz wirklich promulgirt worden, ſo leidet doch deſſen Daſeyn als Project hierzu durchaus keinen Zweifel n), ja es nimmt daſſelbe durch die von Kotholt o) mitgetheilten weiteren Verhandlungen darüber ſogar den Character der Authenticität an. Hieraus aber folgt, daß wenn gleich jener erſtere Umſtand dem dispoſitiven Theile der angeführten Verordnung die Eigenſchaft einer rechtsverbindlichen Norm entzieht p), der letztere dagegen ſchon hinreicht, um den bloß erzählenden Theil derſelben, nämlich die beigefügte Clauſel: wie ſolches bisher in unſe-

m) Geiſe teutſches Corpus juris. Buch IV. Cap. 24. §. 3. 4.

n) Kopp v. d. Verfaſſ. d. heſſ. Gerichte. Th. I. §. 49. Samml. d. Landesordn. Th. I. S. 462. Thl. II. Vorber. §. 101. 103.

o) de simult. investitura hassiaca. §. 27. not. n.

p) *Decisiones.* T. III. dec. 9. n. 24; — obwohl in Kopp's Handbuch Th. VI. S. 290 bezeugt wird, daß die Verordnungen in Lehnsſachen, welche im Geiſiſchen Landrechte enthalten, in Uebung ſeyen.

unſerem Fürſtenthume ꝛc. gebräuchlich und üblich geweſen, als ein zuverläſſiges Zeugniß über das damals factiſch beſtandene Gewöhnheitsrecht von der Geſammten Hand gelten zu laſſen. [q])

II) Die nächſte Spur von der Beibehaltung der Geſammten Hand in Heſſen finden wir ſodann in dem Lehnsedict vom 24. April 1731 [r]), wo nämlich bei Beſtimmung der Geldſtrafe für den Fall der unterbliebenen Muthung während der erſten 6 Monate feſtgeſetzt wird, daß, wo nur die Geſammte Hand oder Mitbelehnſchaft zu wahren ſey, allemal die Hälfte gegeben werden ſolle; welche geſetzliche Beſtimmung hier jedoch nur inſofern in Betracht kommt, als man daraus ſieht, daß die — bei der Lehnsfolge nach longobardiſchem Rechte nicht erforderliche — Wahrung der Geſammten Hand als etwas bei den heſſiſchen Lehen Gewöhnliches vorausgeſetzt wurde, welches, mit Hülfe der ganz natürlichen Vermuthung für die Gleichförmigkeit eines ſolchen Gewohnheitsrechts bei allen von der heſſiſchen Lehnscurie relevirenden Lehen, dem obigen Zeugniſſe gar ſehr zur Beſtärkung dient.

III) Auch die bei dem hieſigen Lehnhofe übliche Formel der Muthſcheine [s]) führt auf denſelben Schluß hin, indem darnach der zeitige Senior oder Lehnträger „in mithabender Vollmacht ſeiner Vetter, Agnaten und Lehnsangehörigen" erſcheinen, einen zuverläſſigen Stammbaum, nebſt einem Verzeichniſſe aller Mitzubelehnenden mit ihren vollſtändigen Namen, vorlegen, und darauf die gebetene Lehnserneuerung erwarten ſoll, welche namentliche Aufnahme in den Lehnbrief v. Pfitzer [t]) als weſentliches Kennzeichen der vermöge Geſammtbelehnung ſtatt findenden Lehnsfolge angiebt. Als Präjudiz der unterbliebenen Beibringung der Vollmacht von den Mitagnaten wird auch in dem Lehns-

q) „Allegare licebit sanctionem hanc non tanquam legem, qualis auctoritate haud est, sed tamen instar testimonii omni exceptione majoris": Hombergk diss. de usufructu parentum in Hassia. Marb. 1770. §. 26. Wie auch die capitula extraordinaria, ohne geſetzliche Gültigkeit, doch als hiſtoriſches Zeugniß zu benutzen ſind: Eichhorn Einleit. in d. deutſche Privatr. §. 31.

r) Samml. d. L. O. B. IV. S. 46.

s) Kopp Handbuch. Th. IV. S. 275.

t) a. a. O. S. 87.

edict vom 1 Jul. 1629 [u]) ausdrücklich die Einziehung des verwirkten Lehens genannt.

IV) An dieſes entferntere Merkmal knüpft ſich ſodann ein von der hieſigen Regierung ausgegangenes Zeugniß der neueren Zeit bei Ledderhoſe [v]), welches in der zwiefachen Hinſicht ſehr beachtenswerth iſt, theils weil es im Wege der amtlichen Communication mit dem fürſtlichen Hauſe Darmſtadt über den Umfang eines dem geſammten Heſſen gemeinſchaftlichen Gewohnheitsrechts abgegeben wurde, theils weil es von einem Schriftſteller zur öffentlichen Kunde gebracht worden iſt, der gewiß mit dem vaterländiſchen Rechte aufs Genaueſte vertraut war. Dieſes Zeugniß enthält 1) im Allgemeinen als etwas factiſch Unzweifelhaftes, daß bei den heſſiſchen Lehen simultanea investitura durchgängig ſtatt finde, und, wer die Geſammte Hand nicht gewahrt habe, der Succeſſion verluſtig werde, ſodann aber 2) über die ſpecielle Frage, ob bei ſucceſſiven Weiberlehen auch das weibliche Geſchlecht die Geſammte Hand wahren müſſe, die Entſcheidung, daß die Lehnserneuerung bei den ſich zutragenden Fällen dem Mannsſtamme allein obliege, ohne daß die Weibsperſonen dabei die Geſammte Hand zu wahren haben, und ſolchemnach dieſe existentibus adhuc masculis für Mitbelehnte und Vaſallen nicht, ſondern nur als exspectativariae simplices, angeſehen würden; welche Entſcheidung das allgemeine Princip durch den Gegenſatz zwiefach dahin beſtätigt, daß der ganze Mannsſtamm und daß alle wirkliche Vaſallen und Mitbelehnte die Geſammte Hand nothwendig zu wahren haben. Mit Rückſicht auf die aus dieſem Antwortſchreiben hervorgehende Gleichförmigkeit des Hauptgrundſatzes der Lehnsfolge nach der Geſammten Hand in beiden heſſiſchen Staaten, und auf die Gemeinſchaft beider fürſtlichen Häuſer in Anſehung der Activlehen [w]), iſt ferner

V) eine bei Kortholt [x]) abgedruckte F. Darmſtädtiſche Verordnung wegen Wahrung der Geſammten Hand von 1639 nicht außer Acht zu laſſen, indem dar=

u) Samml. d. L. O. B. II. S. 34.

v) in den kleinen Schriften. B. IV. S. 385.

w) Ledderhoſe a. a. O. B. IV. Abh. 1. §. 11.

x) l. c. in append. p. 115.

in ausdrücklich geſagt wird, daß die Agnaten, welche mit der Renovation der Lehnbriefe ſo lange, bis der allerletzte simultanee investitus Todes verfahren ſey, inne halten, ſich einer des andern Lehnsſucceſſion ſelbſt verluſtig machen; auch iſt in gleichem Betracht

VI) der Umſtand nicht für unerheblich zu halten, daß die Fürſten des heſſiſchen Geſammmthauſes bei ihren Paſſivlehen die Geſammte Hand wahren, dergeſtalt, daß bei den Belehnungen auch die apanagirten und abgefundenen Fürſten in dieſelben Belehnungen mit aufgenommen, und in den Lehnbriefen als zu Geſammter Hand Belehnte angeführt werden [y]).

VII) In einem ſehr ausführlichen Reſponſum der Marburger Juriſtenfacultät von 1600 bei Kortholt [z]), wird geſagt: „Wir befinden aber, daß es der heſſiſchen Lehen halben faſt ohnſtrittig, daß in dieſelben anderergeſtalt nicht, als nuhrend vigore ac virtute simultaneae investiturae, allermaaßen wie es die ſächſiſchen Rechte darin verordnet haben, ſuccedirt werden kann, alſo da gleich ein oder mehrere Agnaten ihre descendentiam vom erſten Acquirenten hero gnugſam dociren könnten, und aber in simultanea investitura nicht befunden werden, ſie zur Lehns-Succeſſion nicht zugelaſſen werden, wie daſſelbe mit vielen unterſchiedlichen Exempeln ſoll zu beſcheinen ſeyn.“

Am Beweiſendſten aber iſt, zumal mit Rückſicht auf jene geſchichtlichen Grundlagen, was von dem Oberappellationsgerichte, zufolge der gedruckten Sammlung ſeiner Erkenntniſſe, in einzelnen zur gerichtlichen Entſcheidung gekommenen Fällen, als heutzutage noch geltendes Recht anerkannt und zur Anwendung gebracht worden iſt. Solche gerichtliche Erkenntniſſe, als die eigentlichſte Quelle des Gerichtsgebrauches, ſind ohne Zweifel das vorzüglichſte Beweismittel, um das Lehnhofsrecht darzuthun, ſoweit ſolches im Gerichtsgebrauche gegründet iſt, und dieß zwar in doppelter Beziehung, einmal inſofern dadurch wirklich ſtreitig geweſene Lehnsfälle entſchieden worden ſind, und aus der Gleichförmigkeit der Entſcheidungen auf eine vorhandne beſtimmte Entſcheidungsnorm geſchloſſen werden kann; dann aber auch, inſofern in den Verhandlungen und Entſcheidungsgründen Thatſachen

y) Ledderhoſe a. a. O. B. III. Abh. 1. §. 7.

z) l. c. in append. p. 52.

als unzweifelhaft erwähnt oder bezeugt werden, aus welchen das Daſeyn der in Frage ſtehenden Rechtsgewohnheit zu folgern iſt. So wie gerichtliche Erkenntniſſe und Zeugniſſe über die bei deren Ertheilung beobachteten Normen (Weisthümer) den Stoff zu den Rechtsbüchern des Mittelalters gaben *), ſo läßt ſich auch jetzt aus ihnen am ſicherſten beurtheilen, ob und inwiefern die in jenen Rechtsbüchern beſchriebenen oder ſonſtigen Rechtsgewohnheiten noch im Gebrauche ſeyen. Zwar kann durch ein bloßes Atteſtatt eines Richters die Exiſtenz eines Gewohnheitsrechtes nicht bewieſen werden [a]); wenn jedoch die von demſelben gefällten Entſcheidungen mit dem, was er als Gewohnheitsrecht aus ſeiner Erfahrung bezeugt, übereinſtimmen, und dieſe Entſcheidungen rechtskräftig oder in der höheren Inſtanz beſtätigt wurden, ſo entſtehen daraus gewiß ſehr erhebliche Beweisgründe für die Exiſtenz des Gewohnheitsrechtes, zumal wenn der daſſelbe bezeugende Richter nicht aus einer Perſon, ſondern aus einem ganzen Collegium, beſteht. Daher kommen denn auch die jenen Oberappellationsgerichts-Deciſionen vorausgegangenen Regierungs-Erkenntniſſe und die ſolche begründenden Relationen ſehr weſentlich in Betracht. Zu dieſer Gattung von Beweisgründen gehört nun

VIII) der in den Entſcheidungsgründen zu der 32ſten Deciſion [b]) ausgeſprochene Satz: es ſey die simultanea investitura „bei dem hieſigen Lehnhofe, wie bei andern teutſchen Lehnscurien ad effectum renovationis investiturae, daß nämlich alle Agnaten der Geſammten Hand Folge leiſten müſſen, et ad effectum privationis feudi, daß nämlich alle, ſo die geſammte Hand und daraus folgende Renovation nicht in Acht genommen, des Lehns privirt werden, hergebracht.“ Gleichergeſtalt wird

IX) an einer anderen Stelle der Deciſionen [c]) davon ausgegangen, daß — im Gegenſatze der Lehnsfolge des longobardiſchen Rechts, welche auf der Blutsverwandtſchaft und Abſtammung vom erſten Erwerber ruhe — dahier nicht jure

*) Eichhorn deutſche Staats- u. Rechtsgeſchichte. Th. II. §. 277.

a) Wernher observ. forens. T. I. P. IV. obs. 110. v. Bülow Abhandlungen. B. II. N. 25.

b) T. I. p. 98.

c) T. III. dec. 9.

sanguinis, ſondern vi simultaneae investiturae, et quidem germanicae, ſuccedirt werde, auch auf letztere, als eine teutſche Erfindung, aus den longobardiſchen Geſetzen überall keine Argumentation gemacht werden dürfe" (n. 16. 19.), und die vom ſächſiſchen Recht abweichende Lehnsfolge nach der Gradesnähe (Succeſſionsordnung) auf ein Succeſſionsrecht nach longobardiſchen Geſetzen nicht ſchließen laſſe (n. 22.). — Noch beſtimmter aber enthält

X) die der eben gedachten Deciſion vorausgegangene Regierungs-Relation eine Beſtätigung des von den longobardiſchen Grundſätzen abweichenden heſſiſchen Gewohnheitsrechts, indem darin geſagt wird: es ſey die teutſche Mitbelehnung auch nach der Reception des juris longobardici an mehreren Orten beibehalten, und inſonderheit bei dem hieſigen Lehnhofe in dem Umfange hergebracht, daß auch ſogar alle Agnaten eines jedesmaligen Beſitzers, ob ſie gleich vom primo adquirente abſtammen, dennoch mitbelehnt ſeyn müſſen, und, wenn ſie die Geſammte Hand nicht in Acht genommen, von der Lehnsfolge ausgeſchloſſen werden; welchemnach, und da der usus fori hassiacus mit den alten teutſchen Lehnrechten in dieſem Stücke völlig übereinſtimme, ein Agnat, der auf die Lehnsfolge Anſpruch macht, nothwendig zeigen müſſe, daß er in der Mitbelehnung begriffen ſey. — Ganz beſonders erheblich iſt aber

XI) der in der 105ten Deciſion des IIIten Bandes [d]) enthaltene Fall. Auch hierbei wird davon ausgegangen, daß, wenn gleich in vielen Ländern zu Beibehaltung der Lehnsfolge die Wahrung der Geſammten Hand nicht nöthig, und ſolches auch den gemeinen, d. h. longobardiſchen, Rechten ganz gemäß ſey, damit jedoch die teutſchen Lehnrechte, welche an vielen Orten unter die Bank geſchoben worden, nicht übereinſtimmten, ſondern den Collateralen, ohne Wahrung der Geſammtbelehnung, keine Succeſſion verſtatteten, und auch der heſſiſche Lehnhof ſich bei ſeinem alten Rechte erhalten habe, mithin die Geſammte Hand bei Vermeidung der Entziehung des Lehns erfordre (n. 14—18). Sodann wird bemerkt, daß zwar an manchen Orten die namentliche Einführung der Agnaten im Lehnbriefe nicht nöthig, ſondern eine allgemeine Benennung derſelben ſchon genug ſey, hierzu jedoch die Clauſel: und deſſen rechte Erben, nicht

d) T. III. p. 375.

hinreiche, weil dieſe Worte in materia feudali nur von Descendenten zu verſtehen ſeyen (n. 19. 23.). Woraus dann der Schluß gezogen wird, daß der damalige Kläger, wenn er bei dem Verkauf des Lehns (an einen Mitbelehnten) die Hoffnung zur künftigen Lehnsfolge hätte beibehalten wollen, nicht nur ſolche ſich ausdrücklich reſerviren, ſondern auch bei ereigneten Lehnsfällen der Geſammten Hand hätte Folge leiſten müſſen (n. 25), und, da ſolches nicht geſchehen, ſich an dem Lehen verſäumt habe, mithin daſſelbe für caduc zu erklären ſey (n. 30.); weshalb auch der Regierungs-Beſcheid, wodurch der Kläger mit der geſuchten Lehnsfolge abgewieſen und das Lehen für eröffnet und heimgefallen erklärt worden, in dieſem Puncte beſtätigt ward. Zu bemerken iſt hierbei noch, daß als Grund der, nach mehrmaliger Wahrung der Geſammten Hand, unterbliebenen Aufnahme in den Lehnbrief nicht bloß das Verſchulden, ſondern abſichtliche Hintergehung des Lehnbeſitzers, angegeben, gleichwohl hierauf von dem Oberappellationsgerichte durchaus keine Rückſicht genommen worden iſt. — Auch bei dieſem Falle kommt ſodann, wie bei dem vorigen, die vorausgegangene Regierungs-Relation gar ſehr in Betracht. Darin nämlich wird

XII) zuvörderſt, mit Beziehung auf Reinhard [e]) und Senkenberg [f]), angeführt, es ſey nach teutſchen Lehnrechten und Gewohnheiten eine ausgemachte Sache, daß nach aufgehobener Gemeinſchaft eines Lehens kein anderer Weg zur Lehnsfolge für die Seitenverwandten offen ſtehe, als wenn ſie ſich mit der Coinveſtitur proſpiciren; und hieran die Verſicherung geknüpft: „die Praxis bei hieſigem Lehnhofe ſtimmt hiermit überein, und bedarf man unter andern nur die von B.ſchen, auch G.ſchen Lehnsacta nachzuſchlagen, um ſich zu überzeugen, daß von den Agnaten post divisionem vel refutationem die Lehnsfolge durch die Coinveſtitur ſtets ſorgfältig conſervirt worden.“ — Endlich gehört hieher noch als weiteres Beweismittel

XIII) das mit den obgedachten auswärtigen Schriftſtellern völlig übereinſtimmend eZeugniß der einheimiſchen Rechtsgelehrten; namentlich 1) Eſtors [g]), wovon

e) Anmerkungen von der Lehnsfolge und der Gemeinſchaft ohne Mitbelehnung.

f) von Erb- und Erbmannlehen. §. 13.; bei Jenichen l. c. T. II. p. 657.

g) in den kleinen Schriften. B. I. Cap. 2.

inſonderheit Folgendes, als von der Geſammten Hand in Heſſen geltend, auszuheben iſt: Da ein Sammtlehn ohne die Geſammte Hand nicht beſtehen kann, ſo müſſen die Mitbelehnten der Geſammten Hand Folge leiſten, d. i. ſie müſſen bei der neuen Belehnung entweder in Perſon erſcheinen oder Vollmacht beibringen, wozu ſie bei Senioratslehen von dem Senior, bei anderen von dem Lehnsbeſitzer, einzuladen ſind (§. 24—26). Wenn demnach der Geſammten Hand Folge geleiſtet werden muß, ſo fließet hieraus der unwidertreibliche Schluß, daß im Falle die Mitbelehnten (nicht) zu gehöriger Zeit für die Mitbelehnung und davon abhängige Einſetzung ihres Namens in den Lehnbrief ſorgen, ſie ſich des Sammtlehns auf den ledigen Fall verluſtig machen (§. 30), indem derjenige, welcher nicht in dem Lehnbrief ſtehet, zu dem Sammtlehen nicht gehört, folglich als Mitbelehnter die Succeſſion auf den ledigen Fall nicht begehren kann (§. 32); welche Folgerung (§. 13) ſehr richtig hiſtoriſch darauf zurückgeführt wird, daß, wer die Geſammte Hand nicht beobachtete, dem Lehnsherrn nicht undeutlich zu verſtehen gab, daß er ſein Vaſall nicht mehr ſeyn wolle, worauf von Seiten des Lehnsherrn nichts anders erfolgen konnte, als daß er ihn hinführo für ſeinen Vaſall nicht mehr achten, noch weniger ihm aber das Lehngut dereinſt angedeihen laſſen konnte. Auch benennt Eſtor (§. 31) ausdrücklich einen damals (1732) „vor kurzen Jahren“ vorgekommnen Fall, worin Gevetter von Dernbach, bloß weil ſie die Mitbelehnung verſäumt hatten, zur Lehnsfolge bei dem ſtatt gehabten ledigen Anfall des Lehens nicht gelaſſen worden ſeyen. — Hiermit im Weſentlichen übereinſtimmend iſt 2), was Kortholt in einer eignen die heſſiſche Sammtbelehnung betreffenden Abhandlung [h]) vorträgt; wiewohl derſelbe in der ſpeciellen Ausführung, gleich den meiſten ältern Schriftſtellern, ſich der Eigenthümlichkeit der Geſammten Hand, wie ſie v. Ende und v. Pfitzer neuerlich ſo gründlich dargeſtellt haben, und wie ſie im heſſiſchen Gerichtsgebrauche längſt ſchon in Wirkſamkeit getreten war, nicht recht klar bewußt geweſen zu ſeyn ſcheint, und daher auch dem Hauptgrundſatze nicht durchgehends treu geblieben iſt; wobei es jedoch ſehr bemerkenswerth iſt, daß derſelbe die Geſammte Hand in Heſſen als die gemeine teutſche, simultanea investitura germanica communis, allenthalben bezeichnet und nachweist. 3) Auch noch in dem neueſten Werke über das

h) de simultanea investitura hassiaca. Giess. 1755.

heſſiſche Particularrecht, in Kopps Handbuch zur Kenntniß der Heſſen-Caſſelſchen Landes-Verfaſſung und Rechte [i]), wird es als dermalen gültiges Recht bezeugt, daß auch in Heſſen die Geſammte Hand von denen gewahrt werden müſſe, welche entweder ſchon jetzt das Lehen gemeinſchaftlich beſitzen, oder auch nur auf die demnächſtige Lehnsfolge Anſpruch machen; ſo wie, daß die Unterlaſſung der Wahrung jener Geſammten Hand die Ausſchließung von der demnächſtigen Lehnsfolge nach ſich ziehe. — Endlich 4) findet man noch einen ſpeciellen, den allgemeinen Grundſatz ganz vorzüglich beſtärkenden, Fall bei einem anderen vaterländiſchen Schriftſteller von bewährtem Rufe, bei Lennep [k]), wo nämlich die Lehre von der Geſammten Hand, mit Beziehung auf Eſtor und Kortholt, und auf die obenerwähnte Decis. 32, in der beſonderen Anwendung geltend gemacht wird, daß ſogar Schweſtern des Vaſallen, welche nur zu Gunſten ihres Bruders und des Mannsſtamms auf das Lehen verzichteten, ihr Succeſſionsrecht auf den ledigen Anfall, dem Lehnsherrn gegenüber, nur allein dadurch erhalten, daß ſie dem Lehen Folge leiſten und nach eines jeden Lehnhofs Gewohnheit die Geſammte Hand wahren oder ſonſt in der Lehnsgemeinſchaft bleiben, welches beſonders im Gegenſatze zu der oben unter IV mitgetheilten Entſcheidung des Falles bloßer Anwartſchaft des weiblichen Stammes beachtet zu werden verdient. — Die einzige literariſche Nachweiſung, welche dieſe Gleichförmigkeit in den Anſichten der Schriftſteller, wie in den gerichtlichen Erkenntniſſen und in den hiſtoriſchen Zeugniſſen, zu unterbrechen ſcheint, iſt eine Abhandlung von Cramer [l]), welcher ein vom Reichskammergerichte lediglich nach den Grundſätzen des longobardiſchen Rechts, ohne alle Rückſicht auf das heſſiſche Gewohnheitsrecht von der Geſammten Hand, entſchiedener Lehnsſucceſſionsfall beigefügt iſt. Es vermag jedoch dieſe Entſcheidung um deswillen gegen die obigen Autoritäten keinen Gegenbeweis abzugeben, weil der damalige Rechtsſtreit bloß zwiſchen den Vaſallen unter ſich geführt wurde, und, wenn dieſe es unterließen, ſich auf jenes Gewohnheitsrecht zu berufen, das Reichskammergericht keine Veranlaſſung hatte, die ihm wahrſcheinlich ganz unbekannte Particularnorm — indem damals hierüber noch nichts im Druck erſchienen war — zur

Anwendung

i) Th. IV. S. 423. 424.

k) von der Leihe zu Landſiedelrecht. B. I. S. 651. N. VI.

l) in den Nebenſtunden. Th. IV. Abh. 1.

Anwendung zu bringen, keinen Falls aber dem Lehnsherrn, welcher an dem Rechtsſtreit keinen Theil genommen, in ſeinen Rechten dadurch präjudicirt werden konnte.

Nach dieſem Allem iſt es wohl gewiß als völlig ausgemacht anzunehmen, daß in Heſſen die Lehre von der Geſammten Hand des teutſchen Rechts bei der Lehnsfolge gilt. Schon dieſes zieht die Folgerung nach ſich, daß in allen hiernach zu entſcheidenden Fällen diejenigen allgemeinen Grundſätze, welche in der eigenthümlichen Natur dieſer Geſammten Hand gegründet ſind, ſofern davon unſere Particularnormen keine ausdrückliche Abweichung enthalten, zur Anwendung kommen müſſen; es leuchtet überdieß aus den einzelnen oben mitgetheilten Particularnormen im Ganzen die deutlichſte Uebereinſtimmung mit jenen allgemeinen Grundſätzen hervor, wo aber etwa hin und wieder die Conſequenz nicht völlig gehalten ſcheint, da darf man ſich doch hierdurch nicht abhalten laſſen, Dasjenige in Anwendung zu bringen, was man, nach der erſt von neueren Rechtsgelehrten durch gründliche hiſtoriſche Forſchung ausgemittelten eigenthümlichen Natur jenes Inſtituts, als das Richtigere und dem inneren Weſen deſſelben Entſprechendſte erkennt.

So ward auch ein bei dem Oberappellationsgerichte neuerlich vorgekommner Rechtsfall beurtheilt, und es kann daher ſolcher als ein ſehr wichtiger practiſcher Beleg für die obigen Grundſätze in ihrem ganzen Umfange dienen. Ueberdieß bietet derſelbe noch ein ſpecielles Intereſſe in der Hinſicht dar, daß dabei inſonderheit auch die Frage mit zur Entſcheidung kam: ob nicht wenigſtens in Anſehung derjenigen Lehen, wobei der Aelteſte der Familie zum Lehnträger beſtellt iſt (Senioratslehen im uneigentlichen Sinne), von den Agnaten, für welche die Wahrung der Geſammten Hand von dem Lehnträger verſäumt worden, das dieſem hierbei zur Laſt fallende Verſchulden als rechtlicher Grund, den Verluſt der Lehnsſucceſſion von ſich abzuwenden, geltend gemacht werden könne? — Die bejahende Beantwortung dieſer Frage ward in den Entſcheidungsgründen des von der Juriſtenfacultät zu Göttingen in dem vorliegenden Falle ertheilten Urtheils vorausgeſetzt); das Oberappellationsgericht aber entſchied ſich für die Negative, theils aus dem allgemei-

m) Sie iſt auch in Beziehung auf Braunſchweig-Lüneburgſche Lehen, in Anſehung deren ebenfalls, wie bei den Heſſiſchen, die Geſammte Hand gilt, in Hagemann's pract. Erört. B. VII. N. 113, angenommen, jedoch ohne ſpecielle Begründung.

nen Grunde, weil es mit den weſentlichſten Grundbegriffen der Lehre von der Geſammten Hand ganz unverträglich iſt, den Verluſt der Lehnsſucceſſion von einem Verſchulden bei der unterbliebenen Wahrung der Geſammten Hand abhängig zu halten, vielmehr hierbei lediglich das Factum der Nichtbelehnung entſcheidet, mithin die vorausgeſetzte Verbindlichkeit des Lehnträgers, für die Aufnahme der Geſammthänder in den Lehnbrief zu ſorgen, ein bloß perſönliches Verhältniß zwiſchen jenen und dieſem iſt, welches daher auch nur einen perſönlichen Anſpruch der Agnaten gegen den Lehnträger begründet, den Lehnsherrn aber nichts angeht, als welcher nur Diejenigen zu Vaſallen erhält, die in dem Lehnbriefe ſtehen und alſo in der Lehnsertheilung wirklich begriffen ſind; theils aus einigen beſonderen, den Umfang und die Wirkſamkeit jener Verbindlichkeit ſelbſt beſchränkenden, Gründen, weil nämlich 1) dieſelbe durchaus nicht als Eigenthümlichkeit der Senioratslehen anzuſehen iſt, vielmehr auf die nämliche Weiſe, wie bei dieſen dem Lehnträger, bei allen ſonſtigen Lehen dem neuen Lehnsbeſitzer, obliegt [n]); daher inſoweit kein Unterſchied zwiſchen der einen oder anderen Gattung von Lehen angenommen werden kann; ſodann 2), weil die Verbindlichkeit des Lehnträgers keineswegs darin beſteht, die Agnaten geradezu in den Lehnbrief mit einrücken, ſondern ſich von denſelben Vollmacht hierzu ertheilen zu laſſen [o]); weil ferner 3) dieſes ſogar eine von jedem Einzelnen zu ertheilende Special-Vollmacht ſeyn muß, wie namentlich in Anſehung der Braunſchweig-Lüneburgſchen Lehen, welche gleich den Heſſiſchen unter dem Princip von der Geſammten Hand ſtehen, von Böhmer [p]) bezeugt wird; weil inſonderheit 4) in Heſſen nach dem ausdrücklichen Inhalte der Muthſcheine von dem Senior die Aufzeichnung aller Mitzubelehnenden mit ihren vollſtändigen Namen kraft der von denſelben erhaltenen Vollmacht geſchehen muß [q]), und demnach 5) die Agnaten, wenn ſie ſich nicht des Sammtlehens auf den ledigen Fall verluſtig machen wollen, für die Einſetzung ihrer Namen in den Lehnbrief ſelbſt ſorgen müſſen [r]). „Omnes agnati, qui suo

n) Eſtor a. a. O. §. 25. 26.

o) Eſtor a. a. O.

p) in princ. jur. feud. §. 185.

q) Kopp Handbuch. Th. VI. S. 275.

r) Eſtor a. a. O. §. 30.

tempore succedere cupiunt, oportet gentis suae seniori mandatum dare ad renovandam investituram. Qui hoc negligit, in feudo nequit succedere.“ [s])

Noch von einer andern Seite her erhob ſich jedoch bei dem Oberappellationsgerichte ein Bedenken über die ſtrenge Anwendung des Grundſatzes von dem unbedingten Verluſt der Lehnsfolge durch das Unterbleiben der Lehnserneuerung von Seiten der Geſammthänder. Die heſſiſchen Lehnsedicte von 1731 und 1752 [t]) verordnen, daß bei verſäumter Belehnung, wenn die Verſäumniß nicht mehr, als 6 Monate nach verlaufenen Sterbjahre, gedauert hat, eine gewiſſe Geldſtrafe, und zwar von denjenigen, welche nur die Geſammte Hand oder Mitbelehnſchaft zu wahren haben, zur Hälfte erlegt werden, wenn aber die Mora über 6 Monate hinaus gienge, bei ſolcher beharrlichen Verachtung des Lehnsherrn, das Lehen verwirkt ſeyn und die ſäumigen Vaſallen deſſelben verluſtig erklärt werden ſollen. Hieraus nun ſcheint zu folgen nicht nur, daß es ganz überflüſſig und unzweckmäßig geweſen ſeyn, würde, die Verſäumung der Lehnserneuerung, namentlich auch in Beziehung auf die Geſammthänder, mit Strafen und inſonderheit Geldſtrafen zu bedrohen, wenn dieſe Verſäumniß ſchon ipso jure den Verluſt der Lehnsfolge nach ſich gezogen hätte, unter welcher Vorausſetzung es dem Lehnsherrn nur nützen, aber nicht ſchaden könnte, wenn ein Sammtbelehnter die Geſammte Hand nicht wahrt; ſondern auch, daß die von dem bei längerer Verſäumniß eintretenden Verluſt des Lehens gebrauchten Ausdrücke nichts anders, als die gemeinrechtliche Privation wegen Felonie, bezeichnen, mit welcher gleichwohl die Vorausſetzung einer in dem Factum der unterbliebenen Lehnserneuerung ſelbſt liegenden Aufhebung des Succeſſionsrechts nicht verträglich ſeyn würde. Allein hierbei werden offenbar zwei ganz verſchiedene Fälle, die ſchon Pfitzer [u]), wie oben bemerkt worden, ſehr genau unterſcheidet, völlig mit einander verwechſelt, nämlich der Fall der gänzlich unterbliebenen Lehnserneuerung, und der, wo dieſe erfolgt iſt, ein oder der andere Agnat aber nicht daran Theil genommen hat. So lange nämlich die Lehnserneue-

s) Estor orig. jur. publ. hassiaci. §. 132.

t) Samml. d. Landesordn. B. IV. S. 45. B. V. S. 47.

u) a. a. O. §. 97.

rung, obwohl eine factiſche Veranlaſſung dazu vorhanden war, überhaupt unterblieben iſt, dauert die nächſt vorhergehende Belehnung noch fort; jeder, welcher in dieſer mit begriffen war, ſteht fortwährend in der ſymboliſchen Gemeinſchaft des Lehens, und kann derſelben nur beraubt werden, wenn er ſeinen hieraus entſpringenden Verbindlichkeiten auf eine zur Privation geeignete Weiſe zuwider handelt; dahin gehört inſonderheit die Lehnserneuerung, wozu bei jedem Lehnsfalle auch die Geſammthänder verpflichtet ſind; verſäumen ſie, was ihnen, um die Lehnserneuerung zu bewirken, obliegt, ſo werden ſie, wenn dieſe während der geſetzlichen Zeit ganz unterbleibt, ebenſo mit Strafe angeſehen, wie der unmittelbare Lehnsfolger (nur mit der in Anſehung des Betrages der Geldſtrafen feſtgeſetzten Verſchiedenheit), es kann auch gegen ſie, bei fortgeſetzter Verſäumniß, die Privation wegen der hierin liegenden beharrlichen Verachtung des Lehnsherrn erkannt werden; dazu bedarf es jedoch einer förmlichen Klage des Lehnsherrn gegen den einer ſolchen Pflichtverletzung angeſchuldigten Vaſallen, einer proceſſualiſchen Verhandlung hierüber, und eines richterlichen Urtheils. Nur dieſer Fall iſts, welchen die Lehnsedicte zum Gegenſtande haben. Wenn hingegen, im anderen Falle, die Lehnserneuerung überhaupt wirklich ſtatt gefunden hat, wenn ſolchergeſtalt eine neue Belehnung an die Stelle der früheren getreten iſt, dieſe mithin ihre Wirkſamkeit verloren hat, in die letztere aber einzelne der vorherigen Mitbelehnten nicht aufgenommen ſind, ſo iſt nun anzunehmen, daß — da nach der Lehre von der Geſammten Hand die Belehnung allein den Grund der Gemeinſchaft an dem Lehen ausmacht, und nur Diejenigen, welche in der Belehnung begriffen ſind, einen Anſpruch an dem Lehen haben, — die aus der neuen Belehnung gebliebenen Agnaten ebendadurch auch aus der Gemeinſchaft des Lehens gefallen ſind, daß in Anſehung ihrer d i e G e ſ a m m t e H a n d g e b r o c h e n i ſ t, mithin die nur durch den ſymboliſchen Act der Sammtbelehnung bisher ſuspendirten Wirkungen der Naturaltheilung oder des Aufhörens des wirklichen Geſammtbeſitzes in der ganzen Stärke des teutſchrechtlichen Syſtems zur Anwendung kommen. — In der oben erwähnten 105ten Deciſion ward daher auch ſofort auf eine von Seiteu des V a ſ a l l e n anhängig gemachte Klage das Lehen für e r ö f f n e t und heimgefallen erklärt, ohne auf die von jenem angeführten erheblichen Entſchuldigungsgründe, welche bei einer als Beſtrafung eines Lehnsfehlers zu erkennenden Privation nicht hätten unerörtert bleiben können, einige Rückſicht zu nehmen. Unmittelbar hinweiſend auf jenen ſpeciellen

Geſichtspunct ſind aber die Entſcheidungsgründe zu dem Erkenntniſſe des Oberappellationsgerichts über den jetzt zu erzählenden Rechtsfall.

Nach dem kinderloſen Abſterben des kurheſſiſchen Vaſallen, Johann Werner von C. zu Weſtheim, im Jahre 1813, ſind die von demſelben beſeſſenen Lehen eingezogen worden.

Hiergegen proteſtirt bei dem Lehnhofe zu Caſſel Graf Curt Heinrich von C. zu Wien, als nächſter Agnat und Lehnserbe des Verſtorbenen, und ſtellt, nachdem er daſelbſt zur Ausführung ſeiner Anſprüche im Wege Rechtens angewieſen worden, im Mai 1817 eine Klage gegen den Staatsanwalt, Namens des Lehnsfiscals, bei der Regierung zu Caſſel auf Einräumung der eingezogenen Lehen ſammt den Nutzungen derſelben an. Aus den der Klage beigefügten Urkunden ergiebt ſich ſoviel wenigſtens mit Gewißheit, daß diejenige Linie der von C.ſchen Familie, woraus der Kläger ſeine Abſtammung nachzuweiſen ſucht (die ſogenannte ſächſiſche), in dem Stammbaume, worauf im Jahre 1773 die Belehnung ertheilt worden iſt, ſchon nicht mehr befindlich war, auch wird die nachherige Wiederaufnahme nicht behauptet.

Der Verklagte excipirt, ſoweit es hier darauf ankommt: der Kläger (an deſſen Stelle nachher Carl Joſeph Graf von C. getreten iſt) habe zunächſt die behauptete Abſtammung vom erſten Erwerber darzuthun, dann aber zu erweiſen, daß ſeine Ascendenten in der Mitbelehnſchaft über die in Rede ſtehenden (theils urſprünglich heſſiſchen, theils vormals kurmainziſchen) Lehen fortwährend geblieben wären, und bei den vorgefallenen Lehnserneuerungen von Fällen zu Fällen Alles gehörig gewahrt hätten, was von ihrer Seite zur Aufrechthaltung einer Mitbelehnſchaft, nach der Obſervanz der hieſigen und reſp. ehemaligen kurmainziſchen Lehnscurie, zu leiſten erforderlich geweſen ſey;

wogegen der Kläger den Beweis der fortgeſetzten Mitbelehnung nach den gemeinen in Teutſchland geltenden Lehnsgeſetzen nicht erforderlich hält, eine etwaige Verſäumniß ſeiner Vorfahren nur dann gegen ſich gelten laſſen will, wenn der Lehnsherr ein ſolches mit dem Verluſt des Lehens bedrohtes Verſehen zur gehörigen Zeit im Wege Rechtens geltend gemacht hätte, und darauf die Agnaten ihres angeſtammten Succeſſionsrechts verluſtig erklärt worden ſeyen, den Fall aber, daß der Lehnsherr die Provaſallen, ohne von ihnen Vollmacht der Agnaten beibringen oder deren Tod beſcheinigen zu laſſen, für legitimirt angenommen habe, ſogar als Verletzung der lehnsherrlichen Pflichten darzuſtellen ſucht.

Nach weiterer Verhandlung wird, auf des Klägers Antrag, die Sache an ein auswärtiges Spruchcollegium zur Entſcheidung geſandt, und am 7. Jun. 1823 ein von der Juriſten-Facultät zu Göttingen eingeholtes Urtheil publicirt, wodurch beiden Theilen Beweis auferlegt wird, und zwar dem Kläger 1) vor allen Dingen und in Hinſicht ſämmtlicher ſtreitigen Lehen über ſeine rechtmäßige Abſtammung vom erſten Erwerber dieſer Lehen, außerdem über 2) in Hinſicht der vom kurheſſiſchen Lehnhofe relevirenden Lehen darüber, daß ſeine Aſcendenten fortdauernd in der Mitbelehnung begriffen und in den darüber ertheilten Lehnbriefen mit aufgeführt worden ſeyen; dem Verklagten hingegen 3) in Rückſicht der vom ehemaligen kurmainziſchen Lehnhofe abhängig geweſenen Lehen über die von ihm behauptete Obſervanz, nach welcher zur Erhaltung des auf der Abſtammung vom erſten Erwerber beruhenden Lehnfolgerechts die Geſammte Hand erforderlich ſey, ſo wie, dieſem vorgängig, 4) dem Kläger hinſichtlich der ehemaligen kurmainziſchen Lehen über die fortwährende Theilnahme ſeiner Vorfahren an dieſer Mitbelehnung. — Die hauptſächlichſten Entſcheidungsgründe, beſonders in der hier zunächſt in Betracht kommenden Rückſicht, waren folgende: die vom Verklagten in Anſehung des kurheſſiſchen und des ehemaligen kurmainziſchen Lehnhofes behauptete Obſervanz, zufolge deren die bloße Abſtammung vom erſten Erwerber zur Begründung des Lehnfolgerechts nicht hinreiche, ſondern die fortdauernde Theilnahme an der Sammtbelehnung erfordert werde, ſey ſoviel 1) den kurheſſiſchen Lehnhof betreffe, bereits zur Genüge erwieſen, indem die Oberappellationsgerichts-Deciſionen v), und die heſſiſchen Feudiſten w), es bezeugten, daß die Geſammte Hand gerade ſo, wie bei Braunſchweig-Lüneburgſchen Lehen x), zur Erhaltung des Lehnfolgerechts nöthig ſey, und daß alſo diejenigen Agnaten, welche die Renovation nicht in Acht genommen haben, der Lehnsfolge verluſtig werden; daher dem Kläger der ihm hinſichtlich der kurheſſiſchen Lehen auferlegte Beweis, da ſolchergeſtalt die Mitbelehnſchaft zu ſeinem Klaggrunde gehöre, obliege, und, wenn er dieſen Beweis nicht zu führen vermöge, er des Succeſſionsrechts in Anſehung dieſer Lehen verluſtig ſey, ohne daß es hierzu eines weiteren von dem Verklagten zu führenden Beweiſes, daß die Aſcendenten des Klägers ihres Lehnfolgerechts durch Richterſpruch verluſtig erklärt worden ſeyen, bedürfe. Dagegen würde dem Kläger eventuell der Beweis der unverſchuldeter Weiſe unterbliebenen Sammtbelehnung

v) T. I. dec. 52.

w) Kortholt und Eſtor an den angef. Orten; auch Burchardi von der heſſiſchen Geſammtbelehnung, in Zepernik Sammlung auserl. Abhandl. a. d. Lehnrechte. Th. IV. S. 136.

x) Struben Th. I. Bed. 88. Pufendorf T. IV. obs. 220. Böhmer princ. jur. feud. §. 165. 185.

in dem Falle nachzulaſſen ſeyn, wenn es gewiß wäre, daß nach heſſiſchem Lehnrechte, ſo wie es das Braunſchweig-Lüneburgſche Lehnrecht mit ſich bringe, nicht jeder einzelne Sammtbelehnte die Erneuerung nachzuſuchen habe, ſondern daß dieß der beſitzende Vaſall oder der Senior Namens Aller, in Gemäßheit der ihm von den Einzelnen ertheilten Specialvollmachten, zu thun verpflichtet ſey [y]); allein, wenn es gleich im Heſſiſchen dergleichen Alterlehen, bei denen der Stammsälteſte als Lehnträger betrachtet wird, und zur Lehnserneuerung Namens ſämmtlicher Agnaten verpflichtet iſt, gebe [z]), ſo habe doch der Kläger gar nicht behauptet, daß die beſtrittenen Lehen von dieſer Beſchaffenheit ſeyen. — Was hingegen 2) die vom ehemaligen kurmainziſchen Lehnhofe relevirenden Lehnſtücke anlange, ſo habe der Verklagte die behauptete Obſervanz noch zur Zeit gar nicht dargethan, weßhalb ihm alſo deren Beweis aufzulegen ſey ꝛc.

Gegen dieß Erkenntniß ergreift der Kläger die Berufung an das Oberappellationsgericht, und führt daſelbſt als Beſchwerde aus, daß 1) in Anſehung der kurheſſiſchen Lehen die vom Appellaten behauptete Obſervanz, zufolge deren die Wahrung der Geſammten Hand zur Erhaltung des Lehnfolgerechts erforderlich ſey, für erwieſen angenommen, 2) ſowohl in Anſehung der kurheſſiſchen, als der kurmainziſchen, Lehen nicht auch der Umſtand, daß die Aſcendenten des Appellanten nicht wegen eines doloſen Lehnsfehlers durch Richterſpruch ihres Lehnfolgerechts verluſtig erklärt worden, berückſichtigt, auch 3) in Anſehung beider die denſelben wirklich zukommende Eigenſchaft, daß ſolche hinſichtlich der Wahrung der Geſammten Hand Senioratslehen ſeyen, ohne Einfluß auf die Entſcheidung geblieben ſey. Zur Begründung der zweiten Beſchwerde inſonderheit wird der Grundſatz geltend gemacht, daß nur wegen der in böslicher Abſicht unterlaſſenen Lehnserneuerung die Privationsſtrafe ſtatt finde, daß dieſe aber nicht einmal ipso facto eintrete und eine unmittelbare Folge des Lehnsfehlers ſey, ſondern eine vom Lehnsherrn erhobene Klage, eine gerichtliche Verhandlung und Beweisführung, vorausſetze, und nur durch ein richterliches Urtheil erkannt werden könne, wobei jedoch der Richter mehr zur Losſprechung, als zur Verurtheilung, verpflichtet ſey. Als Entſchuldigungsgründe für den Appellanten und deſſen Vorfahren aber werden angeführt: Abweſenheit und weite Entfernung, wichtige und ſchwere Dienſtverhältniſſe, Nichtbeſitz der Lehen und dadurch erhaltne Unwiſſenheit über die Lage der Dinge, u. ſ. w.

y) Böhmer l. c. §. 185.

z) Burchardi a. a. O. S. 138. N. I.

Das Oberappellationsgericht ertheilt jedoch am 3. März 1824 nachſtehendes Abſchlagsdecret, wodurch zugleich der in den Entſcheidungsgründen des Göttinger Urtheils angedeutete Vorbehalt wegen der Senioratseigenſchaft der befragten Lehen als unerheblich beſeitigt wird:

„In Erwägung, daß, zur erſten Beſchwerde, das Gewohnheitsrecht, nach welchem ſich in Heſſen die Grundſätze von der Geſammten Hand bei der Lehnsfolge der Seitenverwandten erhalten haben, nicht nur in unſeren vaterländiſchen Rechtsnormen als exiſtirend vorausgeſetzt, ſondern auch durch Entſcheidungen dieſes höchſten Gerichts wiederholt anerkannt worden iſt:

Decis. T. I. dec. 32. T. III. dec. 9. dec. 105.

daß aber, zur zweiten Beſchwerde, die teutſchrechtlichen Grundſätze von der Geſammten Hand es mit ſich bringen, daß nicht die Abſtammung vom erſten Erwerber, ſondern lediglich die Mitbelehnung, den einzigen Grund der Lehnsfolge der Seitenverwandten abgiebt;

mithin die fortgeſetzte Aufnahme derſelben in die Lehnbriefe weſentliche Bedingung der Beibehaltung ihres Succeſſionsrechts iſt, und, wo ſolche hinwegfällt, dem nicht weiter Mitbelehnten der Zutritt zu dem Lehen verſagt iſt;

daß auch dem ſolchergeſtalt aus dem Lehnsnexus getretenen Vaſallen nicht der angebliche Mangel eignen Verſchuldens zu ſtatten kommen kann, da die deshalb von dem Appellanten in Bezug genommenen Grundſätze des longobardiſchen Rechts von der Beſtrafung eines durch die unterbliebene Lehnserneuerung gegen den Lehnsherrn begangenen Lehnsfehlers, und von der Entziehung des durch die Abſtammung einmal erworbenen Rechtes, auf das hier vorliegende Verhältniß durchaus nicht paſſen;

daß auch aus gleichem Grunde die vom Appellanten nunmehr behauptete Eigenſchaft der ſtreitigen Lehen als Senioratslehen, und das hiernach dem zeitigen Lehnträger bei dem Unterbleiben der Aufnahme der ſogenannten ſächſiſchen Linie in die Lehnbriefe zur Laſt gelegte Verſchulden als durchaus unerheblich, dem Lehnsherrn gegenüber, erſcheint;

und dieß um ſo mehr, da es den Vorfahren der Appellanten obgelegen hätte, den zeitigen Lehnträger mit ſpecieller Vollmacht zum Empfange der Mitbelehnung zu verſehen, denſelben auch die vorgeſchützte Unbekanntſchaft mit den die Wahrung der Geſammten Hand veranlaſſenden Ereigniſſen ſchon um deswillen nicht zur Entſchuldigung gereichen kann, weil ihnen zum wenigſten der im Jahre 1785 durch das Ableben des durchlauchtigſten Lehnsherrn in manu dominante eingetretene Fall nicht unbekannt geblieben ſeyn konnte;

werden die vom Procurator K. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

XV.

Der juriſtiſche Beſitz eines Lehens gehet ſofort mit dem Tode des beſitzenden Vaſallen auf deſſen Allodialerben über, und es finden daher auf ſie, noch vor einer wirklichen Beſitzergreifung, alle von der Eigenſchaft eines Beſitzers im rechtlichen Sinne abhängenden Klagen activ und paſſiv, insbeſondere auch in ihrem Verhältniſſe zu dem Lehnsfolger, Anwendung.

Da die Erbfolge in Lehn- und Allodialgüter auf ganz verſchiedenen Rechtsgründen beruhet, beide in der Rechtsidee jederzeit von einander getrennt bleiben, und das Lehen keinen Theil der Erbſchaft ausmacht, ſo haben die Allodialerben, als ſolche, in der Regel keinen gültigen Rechtsanſpruch auf das Lehen [a]). Daher wird, wenn wegen der abweichenden Succeſſionsart in Lehen und Allodium beide Vermögensmaſſen, welche ein verſtorbener Vaſall zuſammen beſeſſen hat, verſchiedenen Perſonen zufallen, eine ſorgfältige Abſonderung der lehnbaren von der allodialen Maſſe erfordert, um die auf beide Arten des Vermögens entſtandnen verſchiedenen Rechtsanſprüche gegen einander zu beſtimmen [b]). Hierbei aber entſteht zunächſt die Frage: wem in der Zwiſchenzeit, bis eine ſolche, bei ſtreitigen Fällen gerichtlich vorzunehmende, Abſonderung wirklich zu Stande gekommen iſt, der Beſitz der als Lehen von dem Lehnsfolger in Anſpruch genommenen, von dem Allodialerben aber beſtrittenen, Güter zukomme, ob dem Lehnsfolger, oder dem Allodialerben, oder vielleicht keinem von beiden, indem man, vor einer erfolgten Beſitzergreifung, eine possessio vacua annimmt? — Daß der Lehnsfolger, bloß

a) Pätz Lehrbuch des Lehnrechts. §. 149.

b) Ebendaſ. §. 164.

vermöge ſeines Succeſſionsrechts, die Befugniß habe, ſich eigenmächtig in den Beſitz der ihm zugefallenen Güter zu ſetzen, behauptet Püttmann [c]), und hiernach ſollte man folgerungsweiſe glauben, daß von den Allodialerben kein Beſitzrecht geltend gemacht werden könne, indem dieſes mit einer ſolchen eigenmächtigen Beſitzergreifung ganz unverträglich ſeyn würde. Inzwiſchen modificirt dieſer Schriftſteller ſelbſt jene Behauptung durch den Vorbehalt: modo sit vacua possessio, und gehet hiervon zu dem weiteren Satze über: cum adprehensio, quae invito fit altero, qui in possessione jam est, spolii species sit, haud sane licet propria auctoritate in possessionem feudi ire, quod ab alio reapse jam possidetur; welcher Satz auch von Leyſer [d]) ausgeführt wird.

Demzufolge würde, wenn die Allodialerben eine Beſitzergreifung bereits vorgenommen hätten, ihnen der Beſitz von den Lehnsfolgern nicht entzogen werden können. Allein wenn noch keine ſolche Beſitzergreifung ſtatt gefunden hatte, würden ſie nicht dennoch als Beſitzer im juriſtiſchen Sinne, vermöge des von ihrem Erblaſſer ausgeübten Beſitzes, in welchen ſie als deſſen Nachfolger und Repräſentanten ipso jure eingetreten wären, anzuſehen ſeyn? — Die Beantwortung dieſer Frage hängt lediglich von derjenigen Meinung ab, zu welcher man ſich in Anſehung der römiſchrechtlichen Controverſe über die Transmiſſion des Beſitzes auf die Erben des Beſitzers bekennt, indem hier, wo von den Rechten der Allodialerben, als ſolchen, die Rede iſt, obwohl ſich deren Wirkungen im Verhältniſſe zu den Lehnsfolgern äußern, das gemeine Civilrecht zur Entſcheidungsnorm dienen kann [e]).

Dieſe römiſchrechtliche Controverſe wird nun zwar von einer ſehr vielgeltenden Autorität — von Savigny [f]) — dahin entſchieden, daß, obgleich durch den

c) elementa juris feudalis. §. 340.

d) medit. ad Pand. Sp. 504. med. 3.

e) wie denn überhaupt die Trennung des Lehens vom Erbe nicht als causa feudalis zu betrachten iſt: Eichhorn Einl. in das deutſche Privatr. §. 213. 361.

f) Recht des Beſitzes. III. Ausg. §. 28. S. 330. Gleicher Meinung ſind Reinharth observat. ad Christinaei decisiones. Vol. 4. obs. 32. Günther princ. jur. rom. T. II. §. 839. Hufeland Lehrb. d. Civilrechts. B. II. §. 1220. Thibaut Syſt. d. Pandectenr. Th. II. §. 300.

Erwerb einer Erbſchaft alle nicht bloß perſönlichen Rechte unmittelbar auf den Erben übergehen, dieſes jedoch nicht mit dem Beſitze der Fall ſey, da in dem Antritt der Erbſchaft durchaus keine Apprehenſion für die einzelnen Sachen der Erbſchaft liege, und daß ſelbſt bei dem suus heres keine Ausnahme von dieſer Regel gelte [g]. — Dennoch ſcheinen die Gründe der gegentheiligen Meinung, daß nämlich der Erbe durch den Erbſchaftsantritt ſogleich in den Beſitz ſeines Erblaſſers, ſofern von dem Beſitze im rein rechtlichen Sinne die Rede iſt, eintrete, überwiegend. Das römiſche Recht enthält über dieſen Streitpunct zwei Hauptſtellen, welche den Worten nach einander widerſprechen; die l. 23. D. *de adq. v. am. poss.*: cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet; und die l. 30 pr. D. *ex quib. caus. maj.*: possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem. Dieſe letztere Stelle weiſt v. Savigny ganz kurz damit von der Hand, daß dieſelbe bloß auf die Fiction bei der Uſucapion gehe; dagegen ſcheint jedoch die Erklärung viel angemeſſener und mit andern Stellen übereinſtimmender, daß man jene erſtere Stelle bloß von dem Naturalbeſitze, die letztere hingegen vom Beſitze im rechtlichen Sinne verſtehe, in Anſehung dieſes alſo einen Uebergang auf den Erben auch ohne körperliche Apprehenſion annehme, in Anſehung jenes aber eine ſolche Apprehenſion erfordere. Die ſpeciellen Gründe für dieſe Auslegung ſind: 1) die ganz darauf hinweiſende Faſſung der l. 1. §. 15. D. *si is qui testam.* deren allerdings ſehr erheblich ſcheinende Worte: nec heredis est possessio, antequam possideat, auch v. Savigny hauptſächlich für ſich anführt. Dieſe Stelle redet vom furtum, deſſen ſtrenger Begriff eine contrectatio oder Wegnahme aus des Andern Gewahrſam erfordert; ein furtum ſoll an einer Erbſchaft nicht begangen werden können, quia possessionem hereditas non habet; mit dieſen Worten in unmittelbarer Verbindung ſtehen die obigen nec heredis est possessio, antequam possideat; daß hier das letztere possideat den Naturalbeſitz bezeichne, verſteht ſich von ſelbſt, wenn die Stelle einigen Sinn haben ſoll; daher auch v. Savigny erläuternd hinzuſetzt: sc. naturaliter; was

g) Doch giebt v. Savigny ſelbſt zu, daß dieſer Satz ſehr beſtritten ſey, und mehrere neuere Geſetzgebungen das Gegentheil beſtimmt haben.

hindert aber, auch das vorhergehende possessio in eben dieſem Sinne zu nehmen? Dieß wenigſtens würde nicht mehr willkührlich, wie jenes, ſeyn; überdieß würden die Schlußworte jener Stelle: quia hereditas in eum (heredem) id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis, viel zu viel beweiſen, wenn man ſie vom Beſitze im bloß juriſtiſchen Sinne verſtehen wollte, da dieſen die Erbſchaft (hereditas jacens) wirklich hat, wie ſich ſogleich zeigen wird. Es iſt nämlich 2) ein weiterer gewiß erheblicher Grund für die obige Erklärung, daß nicht nur die hereditas jacens, ſondern auch der Erbe ſofort nach dem Erbſchaftsantritt, die unter dem Nachlaſſe befindlichen Sachen uſucapirt [h]), wozu doch juriſtiſcher Beſitz (und zwar der qualificirteſte) nothwendig vorausgeſetzt wird, sine possessione enim usucapio contingere non potest [i]); und eben dieſen von dem Verſtorbenen auf den Erben ipso jure übergegangenen Beſitz giebt die l. 30. pr. D. *ex quib. caus. maj.* ausdrücklich in den oben ſchon erwähnten Worten: quia possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem, als den eigentlichen Grund der Zuläſſigkeit der Uſucapion an. 3) Stehen auch dem Erben ſofort nach dem Erbſchaftsantritt, noch vor der wirklichen Beſitzergreifung, die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel, und namentlich die remedia recuperandae possessionis, zu, welche doch nur auf einen von der Perſon des Verſtorbenen abgeleiteten Beſitz gegründet werden können. Ueber dieſen Grundſatz ſelbſt läßt ſich zwar keine beſondere Geſetzſtelle anführen, aber ſelbſt diejenigen Schriftſteller, welche den Uebergang des Beſitzes auf den Erben nach der l. 23. cit. unbedingt leugnen, räumen jenes doch als unzweifelhaft ein. So ſagt Hufeland [k]): „Mit der Erwerbung der Erbſchaft iſt noch nicht deren Beſitz erworben, wenn gleich die Rechte aus einer unerlaubten Entſetzung dem Erben ſogleich zuſtehen; und Günther [l]): Rerum hereditariarum possessionem non sola hereditatis adquisitione, sed adprehensione demum naturali, adipiscimur. Attamen heres, qua talis in jus adipiscendae vel recuperandae possessionis succedit; ideoque, sive

h) l. 35. §. 1. l. 40. D. *de usurp.* l. 6. §. 2. D. *pro emtore*.

i) l. 25. D. *de usurp.*

k) a. a. O.

l) l. c.

defunctus ipse dejectus fuerit, sive jacente hereditate aliquis res hereditarias invaserit, heredi remedia possessoria competunt. Am deutlichſten erklärt dieſes der von letzterem angezogene Leyſer [m]): etsi possessio ipsa seu corporalis detentio non transeat in heredem, tamen jus possessionis in eum transit [n]); hoc est, heres eo ipso, quod heres est, in omnia jura defuncti, atque adeo etiam in jus occupandi, adipiscendi, recuperandi possessionem, succedit; womit auch Mevius [o]) und Wernher [p]) übereinſtimmen; auch ſcheint, was Reinharth [q]) aus einem Göttinger Facultätsurtheile als beſondre Ausnahme von der Regel der l. 23. cit. mittheilt, nichts anders, als die Anwendung der obigen Unterſcheidung zwiſchen bloßer Detention und Beſitz im rechtlichen Sinne, zu ſeyn, indem er jene Ausnahme in folgendem Satze ausſpricht: hoc tamen certum, eo in casu, quo defuncto possessio vel quasi per decretum manutenentiae jam tum adjudicata fuit, ad ejus heredes possessionem, citra novam adprehensionem, illico transferri; unde consequitur, si forte pars adversa, mortuo eo, cui possessio adjudicata, eo sub obtentu, quod possessio sit vacua, eam adprehenderit, ejusmodi adprehensionem pro turbatione possessionis habendam esse.

Hiernach iſt es im Allgemeinen als richtig anzunehmen, daß der juriſtiſche Beſitz eines Verſtorbenen unmittelbar auf den Erben übergehet, und es einer be=

m) in meditat. Spec. 371. med. 5.

n) Eben dieſe Deutung iſt wohl den Worten beizulegen, womit Gail in observat. pract. Lib. II. obs. 152. §. 12. die bei dem Reichskammergerichte vormals angenommene Meinung darſtellt: possessio quoad filium dupliciter considerari potest; primo quoad *habitum*, et hoc casu filius ficte et imaginarie pro possessore habetur; deinde quoad *actualem effectum*, et eo casu possessio non est apud filium, nisi adprehensa sit.

o) decisiones. P. III. dec. 338.

p) lectiss. comment. in Pandect. Lib. 29. tit. 2. §. 13.

q) l. c.

ſonderen Apprehenſion nur, um auch den Naturalbeſitz mit den hiermit verbundenen Wirkungen zu erlangen, bedürfe. Ueber die Anwendung jenes Grundſatzes auf das Verhältniß zwiſchen den Allodialerben eines verſtorbenen Vaſallen und deſſen Lehnsfolger finden wir auch eine ſpecielle Verfügung in dem longobardiſchen Lehnrechte: Inter filiam defuncti et agnatos ejus de quodam praedio mota est quaestio, agnatis feudum, filia vero allodium esse, asserentibus; super p o s s e s s i o n e, apud quem m a n e r e debeat, quaerebatur. Responsum est, apud f i l i a m possessionem interim esse collocandam [r])! Daß aber dieſe geſetzliche Beſtimmung ſich nicht bloß auf die Erbtochter beſchränke, ſondern auch von anderen, inſonderheit weiblichen, Allodialerben gelte, und daß dieſelbe ſogar auf ganz unbeſtrittene Lehnſtücke, welche ſich mit den Allodialgütern vermiſcht finden, auszudehnen ſey, behaupten C a r p z o v [s]), V u l t e j u s [t]), und S t r u v [u]), erſterer mit Beziehung auf ein Erkenntniß des kurſächſiſchen Oberappellationsgerichts, und mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß jene Verfügung des longobardiſchen Lehnrechts auf dem gemeinrechtlichen Princip, quod qualitas possessionis censeatur esse continuata in heredem, talisque praesumatur possessio in filia, qualis fuit in patre, beruhe.

Bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel ſind in der neueren Zeit zwei Fälle vorgekommen, welche der obigen Ausführung zur Beſtätigung dienen, und in deren einem das erfolgte Erkenntniß dadurch ſpeciell motivirt wurde. Der erſte dieſer Fälle betraf die Frage, ob der Allodialerbe, vor der wirklichen Beſitzergreifung der unter dem Nachlaſſe ſeines Erblaſſers befindlichen Lehnſtücke, gegen den Lehnsfolger, welcher ſich eigenmächtig in den Beſitz derſelben ſetzte, eine Spolienklage anſtellen könne?, der zweite hingegen die Frage, ob der Allodialerbe, unter gleicher Vorausſetzung, als Beſitzer des Lehens im rechtlichen Sinne von dem Lehnsfolger belangt werden könne? — Beide Fragen erhielten eine b e j a h e n d e Entſcheidung. Als unterſtützendes Argument kam dabei aus dem kurheſſiſchen Par-

r) II. F. 26. §. 1.

s) responsa juris. Lib. 1. tit. 9. resp. 82.

t) de feudis eorumque jure. Lib. 1. cap. 9. §. 107.

u) syntagma juris feudalis. Cap. 16. §. 12.

ticularrechte noch die Vorſchrift der Proceßordnung von 1745, §. 43 bis 46 [v]), in Erwägung, nach welcher den Lehnsfolgern alles eigenmächtige Apprehendiren unterſagt, den Allodialerben aber in Anſehung der ungezweifelten Lehnſtücke ein halbjähriges Retentionsrecht zugeſtanden, in Anſehung Desjenigen aber, was wirklich noch ſtreitig, und annoch ungewiß iſt, ob es Lehen ſey oder nicht, verſtattet wird, ſolches bis zum Austrag der Sache gegen Sicherheitsleiſtung in Poſſeſſion zu behalten.

I.

Der Obriſt von M. hatte bis zu ſeinem Tode einen Zehnten im Beſitze, welchen, nach deſſen Ableben, der Major von M., als Lehnsfolger, verpachtet.

Hiergegen erheben die Allodialerben eine Klage wider letzteren wegen Beſitzſtörung, wogegen derſelbe die Lehnsqualität des Zehnten geltend macht, und, auf die Replik der Kläger, daß eine Spolienklage nicht durch petitoriſche Einreden entkräftet werden könne, und es daher erſt nach hergeſtelltem Beſitze auf die Lehnsqualität ankomme, erwidert: da die Kläger ſich niemals in dem Beſitze des Zehnten befunden hätten, und er ſich zu einer Zeit, wo possessio vacua vorhanden geweſen wäre, vermöge ſeiner unbeſtrittenen Eigenſchaft als Lehnsfolger in den Beſitz geſetzt habe, ſo ſey eine Beſitzentſetzung der Kläger gar nicht möglich, und ſtehe ihnen eine Klage auf Schutz im Beſitze nicht zu.

Hierauf wird durch Beſcheid der Regierung zu Caſſel vom 10. Jan. 1818 der Verklagte ſchuldig erkannt, den Beſitz des Zehnten gegen eine der etwaigen Reſtitution halber zu leiſtende Caution den Klägern einzuräumen, auch dieſelben wegen des ihnen bisher entzogenen Beſitzes zu entſchädigen. Als Entſcheidungsgrund ward hauptſächlich die Proceßordnung von 1745, welche §. 45. u. 46. in einem ſolche Falle den Allodialerben bis zum Austrage der Sache den Beſitz des ſtreitigen Gegenſtandes gegen Sicherheitsleiſtung zugeſtehe, angeführt.

Bei dem Oberappellationsgerichte ſucht der Verklagte die Unzuläſſigkeit eines poſſeſſoriſchen Erkenntniſſes noch weiter damit zu begründen, daß ein remedium adipiscendae pos-

v) Samml. d. Landesordn. B. IV. S. 901.

sessionis gar nicht angeſtellt worden ſey, das remedium retinendae nicht auf die Erben übergehe, und das remedium recuperandae ihnen nicht zukomme, weil ſie ſich nie im Beſitze befunden hätten.

Es wurde indeſſen dafür gehalten, daß die hier angeſtellte actio spolii allerdings auf die Erben übergehe, und von dieſen auch, wenn der Erblaſſer ſich bis zu ſeinem Tode im Beſitze befunden habe, wegen einer alsdann erfolgenden Beſitzſtörung angeſtellt werden könne. Daher erfolgte am 27. Jun. 1818 ein, mit Beziehung auf die Entſcheidungsgründe des vorigen Erkenntniſſes, die Berufung lediglich zurückweiſendes Oberappellationsgerichts-Decret.

2.

Der Rittmeiſter von E., Beſitzer eines kurheſſiſchen Lehens, wird, weil er aus dem franzöſiſchen Feldzuge nach Spanien, an welchem er Theil genommen, bis zum Jahre 1820 nicht zurückgekehrt war, für verſchollen erklärt, und den Schweſtern deſſelben auf ihr Anſuchen deſſen geſammter Nachlaß durch ein Regierungsdecret vom 23. Jan. 1821 überwieſen.

Gegen dieſe klagen nun die nächſten Agnaten, als Lehnsfolger, auf Herausgabe der unter dieſem Nachlaſſe befindlichen Lehen; die Verklagten aber erklären dieſe gegen ſie, als Beſitzer, erhobene Klage für zu frühzeitig angeſtellt, weil ſie ſich noch nicht im wirklichen Beſitze befänden, da die von der Regierung verfügte Immiſſion bisher nicht von ihnen realiſirt worden ſey.

Hierauf weist das Obergericht zu Caſſel die Kläger durch Beſcheid vom 22. Novemb. 1823 mit der angeſtellten Klage angebrachter Maaßen ab, aus folgenden Entſcheidungsgründen: daß das die Erlangung des Beſitzes einer Erbſchaft bezweckende Rechtsmittel nur gegen den Beſitzer derſelben ſtatt finde, hiernach aber die von den Klägern angeſtellte Klage darin mangelhaft erſcheine, daß ſie die Behauptung, als befänden ſich die Beklagten im Beſitze des in Frage ſtehenden Nachlaſſes, nicht enthalte; und daß ſie dieſem, von den Beklagten gerügten, Mangel auch in der Replik nicht abgeholfen hätten, indem von ihnen nicht behauptet worden ſey, daß die zum Vortheile der Beklagten angeblich erfolgte gerichtliche Ueberweiſung des Beſitzes vollzogen worden ſey, eine deßfalſige gerichtliche Verfügung aber für ſich allein zur Erwerbung des Beſitzes nicht hinreiche.

Bei

Bei dem Oberappellationsgerichte kam, außer denjenigen Gründen, welche das nachher mitzutheilende Erkenntniß zunächſt motivirt haben, auch noch gegen die Hauptgrundlage des Obergerichtsbeſcheides, daß nämlich ein die Erlangung des Beſitzes einer Erbſchaft bezweckendes Rechtsmittel nur gegen den Beſitzer derſelben ſtatt finde, die Frage in Erwägung, ob nicht ſchon der Widerſpruch eines Anderen gegen die Beſitzergreifung aus eignem Rechte dieſen als den richtigen Verklagten erſcheinen laſſe. Daß im Allgemeinen unter Mehreren, welche das nämliche Recht in Anſpruch nehmen, einer gegen den anderen über den Vorzug ſeines Anſpruches eine Klage erheben und auf Ausſchließung ſeines Gegners antragen kann, zeigt ſich bei dem Prioritätsſtreite unter mehreren Gläubigern, und findet in dem beſonderen Falle der l. ult. §. 6. C. *de jure delib.* ſogar mit Uebergehung des beiderſeitigen Schuldners, mittelſt einer Klage wider den vorläufig befriedigten Gläubiger ſtatt. Hier aber ſchlägt noch beſonders die Analogie der Concurrenz der actio ex l. ult. C. *de ed. D. Hadr. toll.* mit dem interdictum quorum bonorum ein, wo derjenige, welchem erſtere zuſteht, ohne Zweifel gegen den, welcher letzteres anſtellen könnte, ſeine Klage zu richten befugt iſt, obwohl derſelbe noch nicht Beſitzer iſt, ſondern nur ein Beſitzrecht geltend machen will, indem bei jenem Rechtsmittel, nach Schmidt [w]), nicht nur der Beſitzer oder Inhaber, ſondern auch der, welcher, „ohne im Beſitze zu ſeyn, einen rechtlichen Scheingrund zum Beſitze der Erbſchaft für ſich hat, weßhalb er den Imploranten zu ſelbigem nicht laſſen will,“ als Verklagter belangt werden kann, für welchen letzteren Satz ſich auch die geſetzliche Beſtimmung in der l. 3. C. *de ed. D. Hadr. toll.*, daß demjenigen unter den ſtreitenden Theilen der Beſitz erworben werde, welcher ſein vorzüglicheres Recht dazu nachweiſe, anführen läßt. — Es hat indeſſen das Oberappellationsgericht die Entſcheidung der Sache nur auf die Vorausſetzung, daß die Verklagten wirklich als Beſitzer, ſowohl in ihrer Erbenqualität, als vermöge der erkannten Immiſſion, anzuſehen ſeyen, gegründet; in nachſtehendem reformatoriſchen Decrete vom 1. Mai 1824:

„In Erwägung, daß, wenn gleich der Natural-Beſitz der in einer Erbſchaft befindlichen Sachen auf den Erben nicht ohne eigne Apprehenſion übertragen wird, derſelbe jedoch in den juriſtiſchen Beſitz ſeines Erblaſſers bloß vermöge der Nachfolge in deſſen geſammtes Rechtsverhältniß eintritt;

daher inſonderheit der Allodialerbe ſchon als ſolcher den juriſtiſchen Beſitz aller derjenigen Gegenſtände, welche von dem Verſtorbenen beſeſſen worden, dem Lehnsfolger gegenüber fortſetzt;

w) Lehrb. von gerichtlichen Klagen u. Einreden. §. 599.

daß demzufolge auch die Appellaten durch die Succeſſion in den Nachlaß ihres für todt erklärten Bruders Beſitzer im rechtlichen Sinne rückſichtlich der zu dieſem Nachlaſſe überhaupt gehörigen Gegenſtände geworden ſind;

daß denſelben überdieß durch das Regierungs-Decret vom 23. Januar 1821 das Vermögen ihres verſchollenen Bruders ausdrücklich überwieſen worden iſt,

dergleichen Immiſſions-Decrete aber, der ganz allgemein verfügenden Verordnung vom 16. September 1788 x) zufolge, den Beſitz der überwieſenen Gegenſtände, auch ohne weiteres Factum einer reellen Uebertragung und Ergreifung deſſelben, mit ſich führen;

daß demnach die Appellaten mit Recht als Beſitzer des Nachlaſſes ihres verſchollenen Bruders belangt worden ſind;

werden die vom Procurator K. gebetenen Appellations-Proceſſe, mit Aufhebung des Obergerichts-Beſcheides vom 22. November vorigen Jahrs, dergeſtalt abgeſchlagen, daß letztere nicht mit der angeſtellten Klage angebrachter Maaßen abzuweiſen, vielmehr über dieſe und die weiteren Verhandlungen was Rechtens zu erkennen ſey."

x) Siehe oben S. 159.

Staatsrecht.

Non patimur quemquam sacratum laedere fiscum,
nec laedi quemquam sinimus sub nomine fisci!

Decis. I, 38.

XVI.

Für die Entziehung ſolcher Rechte, in Anſehung deren durch ein allgemeines Geſetz der Titel ihrer Zuſtändigkeit mißbilligt oder aufgehoben iſt, können einzelne Staatsbürger, welche hierunter leiden, eine Schadloshaltung von dem Staate nicht verlangen.

(Auch vom Rechtswege in Adminiſtrativſachen überhaupt.)

Unter die ſchwierigſten Aufgaben des teutſchen Territorial-Staatsrechts der neueren Zeit gehört ohne Zweifel die für den hohen Zweck eines geſicherten Rechtszuſtandes unendlich wichtige Frage: inwiefern ein Staatsbürger, welcher durch eine Handlung der Staatsgewalt in ſeinen Rechten verletzt worden, dafür Schadloshaltung im Wege Rechtens begehren und erlangen könne? — Faßt man dieſe Frage nur etwas einfacher uud allgemeiner dahin: ob überhaupt in einem ſolchen Falle der Weg Rechtens ſtatthaft ſey? — ſo legt ſchon das natürliche Rechtsgefühl einem Jeden die bejahende Antwort in den Mund; aber das Schwierige dabei bleibt immer noch die Anwendung auf vorkommende Fälle, und hierbei der Conflict theils mit den Eigenthümlichkeiten der dermaligen Regierungsform unſrer teutſchen Staaten, theils mit dem ſtaatsrechtlichen Princip der nothwendigen Unterordnung aller Privatrechte unter die zur Erreichung des Staatszweckes erforderlichen Mittel. Es iſt dieſemnach eine ſubjective und eine objective Rückſicht, welche beide auf Beſchränkungen jenes allgemeinen Poſtulats hindeuten, die, wenn man ſie unbedingt gelten laſſen wollte, von der practiſchen Nutzbarkeit deſſelben nur wenig übrig laſſen würden. Eine recht gründliche Prüfung dieſer beiden Rückſichten, oder der zwei Fragen: ob 1) gegenwärtig noch, nachdem die teutſchen Fürſten zur Souverainetät gelangt ſind, eine Klage gegen ſie, als Landes-

herrn, vor ihren Landesgerichten angebracht werden könne? und 2) welche Gattung von Rechtsſtreitigkeiten der Unterthanen mit der Staatsgewalt zum Erkenntniſſe der Gerichte geeignet ſey? — iſt daher ganz unentbehrlich, um ein feſtes Reſultat für die Entſcheidung der hieher gehörigen Fälle zu gewinnen.

§. 1.

Entſcheidungsquelle.

Bei der Beantwortung der Frage: ob eine Klage gegen den Landesherrn als ſolchen vor den Landesgerichten angebracht werden könne? iſt zunächſt die hierbei zu benutzende Entſcheidungsquelle aufzuſuchen, und dahin zu beſtimmen, daß hierbei zwar, was von allgemeinen Grundſätzen aus der ehemaligen und jetzigen Verfaſſung Teutſchlands entnommen werden kann, auch jetzt noch ſehr weſentlich zu berückſichtigen ſey, daß jedoch aushülflich, und inſofern man gegen die fortdauernde Anwendung der hier einſchlagenden reichsgeſetzlichen Beſtimmungen den durch die Umwandlung der ehemaligen Reichsſtände in unabhängige Herrſcher veränderten Zuſtand geltend machen wollte, alsdann nothwendig auf das allgemeine Staatsrecht zurückgegangen werden müſſe. Zwar iſt dieſes von ſehr hohem Orte her als eine auf das rechtliche Verhältniß zwiſchen Fürſt und Unterthan unanwendbare Entſcheidungsquelle nicht undeutlich bezeichnet worden; nachdem aber die teutſchen Fürſten durch die Annahme der Souverainetät den hiſtoriſchen Boden ihres alten Rechts freiwillig verlaſſen haben [a]), und in eine neue Rechtsſphäre eingetreten ſind, wofür es, bis auf wenige Nebenbeſtimmungen in der teutſchen Bundesacte, an einem poſitiven Fundamente gänzlich fehlt, und da ſie ſelbſt nunmehr den Umfang der ihnen als Souverains zukommenden Herrſcher-Rechte, wie wir täglich vor Augen ſehen, nach denjenigen Grundſätzen bemeſſen, welche das allgemeine Staatsrecht aus dem Begriffe der unabhängigen Staatsgewalt folgert, ſo iſt nichts natürlicher und logiſch nothwendiger, als daß auch die einſchränkenden Beſtimmungen, an welche eben dieſes allgemeine Staatsrecht die Ausübung der Herrſchergewalt nach dem rechtlichen Begriffe und weſentlichen Zwecke des Staates bindet, daraus geſchöpft werden müſ-

a) Vollgraff die teutſchen Standesherrn. S. 181 ff.

ſen, und hiernach alſo auch das beſtehende Rechtsverhältniß zwiſchen Fürſt und Unterthan ſeine unabänderliche Normirung erhalte. Was das allgemeine Staatsrecht bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage cathegoriſch fordert, muß daher vor Allem geprüft werden; ſchon daraus wird ſich leicht die juriſtiſche Ueberzeugung entwickeln, daß die Landesherrn in den teutſchen Staaten vor ihren Landesgerichten müſſen belangt werden können, wofür ſich jedoch außerdem noch einzelne ſehr erhebliche Momente aus den poſitiven Normen, ſowohl des teutſchen Bundes überhaupt, als der beſonderen Staaten, wo jenes Princip zur Anwendung kommen ſoll, beſtärkend werden entnehmen laſſen. Es wird aber, um jene Ueberzeugung recht feſt zu begründen, ein zwiefacher Beweis geführt werden müſſen: 1) daß für alle und jede Rechtsſtreitigkeiten, wer auch die betheiligten Subjecte ſeyen, mithin auch für diejenigen, wobei der Landesherr als ſolcher im Wege Rechtens belangt werden ſoll, ein Richter in Teutſchland exiſtiren und für Jeden zugänglich ſeyn müſſe; und 2) daß dieſer Richter auch für alle diejenigen Fälle, wo Unterthanen mit ihrem Landesfürſten in einen Rechtsſtreit verwickelt werden, die Landesgerichte in den teutſchen Staaten ſeyen!

§. 2.

Weg Rechtens überhaupt.

Für den erſten dieſer Beweisſätze liegt die Baſis aller Deduction ganz unmittelbar in dem allgemeinen Staatsrechte, ſofern dieſes die Stellung beſtimmt, welche die Gerechtigkeitspflege überhaupt im Staate einnimmt, und die Prädicate, welche derſelben hiernach mit moraliſcher Nothwendigkeit zukommen.

Abſtrahirt von denen, weit außer Teutſchlands Grenzen gelegenen, Ländern — Staaten ſollte man ſie gar nicht nennen —, wo an der Stelle einer vernunftgemäßen Staatsgewalt aſiatiſcher Despotismus als Verfaſſungsmaxime herrſcht, können und dürfen wir den höchſten und in der That einzig weſentlichen Zweck eines Staatsvereins in nichts Anderem ſuchen, als darin, die Herrſchaft des Rechts unter ſämmtlichen Statsgenoſſen aufrecht zu erhalten und gegen Willkühr zu ſichern. Die Herrſchaft des Rechts, im Gegenſatze von Eigenmacht und

Gewalt; denn wo Eigenmacht und Gewalt entſcheiden, da iſt kein Recht gedenkbar. Eine jede vernunftgemäße Staatsverfaſſung erfordert daher ganz unerlaßlich die Aufrichtung eines ſelbſtſtändigen Richteramts, damit die Entſcheidung über Rechtsſtreitigkeiten unabhängig ſey und bleibe, einer Seits von der eignen Einwirkung der Betheiligten, die nur zur Eigenmacht führen würde, anderer Seits von dem unmittelbaren Einfluſſe der oberſten Staatsgewalt, weil bei einem ſolchen Einfluſſe es nicht mehr erkennbar ſeyn würde, was die Stimme des Rechts entſchieden oder die der Gewalt geboten hätte. Es giebt keine Gerechtigkeit ohne dieſe zwiefache Unabhängigkeit.

Darum — ſo müſſen wir bei jedem wohlgeordneten Staate vorausſetzen, und ſo ſprach ſich vor nicht langer Zeit ein noch lebender ſehr achtungswerther Fürſt in öffentlicher Rede aus — darum haben die Regenten ſich dieſes Zweigs ihrer urſprünglichen Befugniß der Gerechtigkeitspflege ſelbſt entäußert, und haben dieſelbe ſolchen Behörden anvertraut, die, ohne alles eigne Intereſſe an den zur Entſcheidung kommenden Streitigkeiten, und ſelbſt ohne unmittelbaren Antheil an der öffentlichen Gewalt, frei von jeder äußern Einwirkung, nach ihrer ſtrengſten Ueberzeugung nur, was in jedem ſtreitigen Falle Recht ſey, ausſprechen [b]) — Iſt es aber ſchon für die Gerechtigkeitspflege zwiſchen den Staatsbürgern unter einander förderlich und ſogar nothwendig geachtet worden, daß nicht der Fürſt ſelbſt und unmittelbar, ſondern nur durch die Gerichte, über Rechtsſtreitigkeiten und Rechtsverletzungen erkenne, wie viel mehr muß dieſes nothwendig, ja unerlaßlich, in allen denjenigen Fällen ſeyn, wo des Fürſten eignes Intereſſe mit zur Entſcheidung kommt, wo alſo, wenn ein ſolcher Fall dem Erkenntniſſe der Gerichte entzogen, und, da er doch nicht ganz unentſchieden bleiben kann, des Fürſten eigner Beurtheilung anheim gegeben werden ſollte, alsdann außer dem hierdurch möglich werdenden Einfluſſe der Gewalt auf das Recht, zugleich auch die zweite Bedingung der Gerechtigkeit, Unpartheilichkeit der über das Recht entſcheidenden Behörde, hinweggenommen würde. Das conſequente Reſultat aber hiervon iſt: auch der Landesherr iſt in Juſtizſachen dem

Aus-

b) Vorzüglich bemerkenswerth ſind auch Montesquieu's Aeußerungen hierüber im Esprit des loix. Livr. 6. ch. 5. p. 125.

Ausſpruche der Gerichte unterworfen, und jeder Fürſt, welcher dieſes Reſultat nicht anerkennt, erklärt dadurch, daß er auch Gerechtigkeit nicht wolle, da dieſe ohne ihre beiden unzertrennlichen Begleiter, Unpartheilichkeit und Unabhängigkeit, durchaus nicht exiſtiren kann!

Dieſe allgemeine Betrachtung, wenn gleich zunächſt mehr dem allgemein gültigen Vernunftrechte angehörig, als durch eine poſitive Satzung unmittelbar begründet, erzeugt mit innerer Nothwendigkeit die Forderung an eine jede Staatsbehörde, und ganz beſonders an die Gerichte ſelbſt, dahin zu wirken und feſt darauf zu halten, daß kein Fall, der ſich ſeiner Natur nach zur Juſtizpflege eignet, d. h. wobei über eine Rechtsverletzung geklagt und eine Entſcheidung nach dem Rechte begehrt wird, dem Wege Rechtens, als dem einzigen zuverläſſigen Mittel, ein rechtliches Erkenntniß zu erlangen, entzogen, oder, mit andern Worten, daß in keinem Falle dem in ſeinen Rechten verletzten Staatsbürger Gerechtigkeit verſagt werde! — Wollte ein Gericht hiervon eine Ausnahme, die nicht durch ein poſitives Geſetz ausdrücklich geboten worden, in Anſehung derjenigen Rechtsſtreitigkeiten zulaſſen, wobei der Landesherr ſelbſt, als ſolcher, in Anſpruch genommen wird, ſo würde es durch dieſe, mit dem weſentlichen Zwecke einer jeden Staatsregierung, Gerechtigkeit im Staate überall walten zu laſſen, durchaus unverträgliche Beſchränkung ſich dem verdienten Vorwurfe ausſetzen, mit Verleugnung deſſen, was Vernunft und allgemeines Recht unzweifelhaft erheiſchen, einer fürſtlichen Prärogative gehuldigt zu haben, die, nachdem die Staatsgewalt ſich der Gerechtigkeitspflege im Ganzen einmal begeben hat, als Reſervation eigner Entſcheidung in der eignen Sache, nur mit dem Namen eines Mißbrauchs der Herrſchermacht zu bezeichnen ſeyn würde.

§. 3.

Poſitive Normen.

Doch auch Teutſchlands poſitive Normen ſtehen dieſer Ausführung in allen ihren Theilen offenbar zur Seite. Von eigner Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den Landesfürſten ſelbſt finden wir ſchon ſeit Jahrhunderten keine Spur mehr in Teutſchland, vielmehr iſt die Juſtizpflege zunächſt den in den teutſchen Staaten

angeordneten Landesgerichten anvertrauet. Den rechtlichen Urſprung dieſer Landesgerichte, und zwar unter dem Geſichtspuncte einer reichsgeſetzlichen Verpflichtung für alle teutſche Fürſten, enthält der Reichsdeputations-Abſchied von 1600, §. 15 [c]), zufolge deſſen ihnen allen ernſtlich auferlegt und befohlen worden, dergleichen mit verſtändigen Urtheilern beſetzte Unter- und Obergerichte ohne weiteren Aufſchub anzuordnen, „damit den Unterthanen, da ſie rechtlos geſtellt worden, die Urſachen zu klagen abgeſchnitten werden"; eine Verfügung, die im Reichsabſchiede von 1654, §. 109 [d]), noch ſtrenger dahin wiederholt worden iſt, daß wenn wegen Beſetzung der Gerichte oder Adminiſtrirung der Juſtiz einiger Mangel ſich befinden würde, gegen die ſchuldhafte Obrigkeit ſowohl, als deren geordnete Unterrichter, gebührende Beſtrafung vorgenommen werden ſolle. Ganz vorzüglich aber gehört hieher noch die ſehr bemerkenswerthe Stelle der kaiſerlichen Wahlcapitulation, Art. 16. §. 1, wo der Kaiſer feierlich verſpricht: „Wir ſollen und wollen Recht und Gerechtigkeit im römiſchen Reiche aufrichten, und verfügen, damit ſie ihren gebührlichen Gang, dem Armen wie dem Reichen, ohne Unterſchied der Perſonen, Standes, Würden und Religionen, auch in Sachen Uns und Unſeres Hauſes eignes Intereſſe betreffend, gewinnen und haben, auch behalten möge;" von welcher, auf allgemein durchgehende Gerechtigkeitspflege in Teutſchland abzweckenden, Verfügung auch in dem Art. 19, §. 6, eine Ausnahme in Anſehung der Klagen der Unterthanen gegen ihre Landesherrn ſo wenig begründet iſt, daß dieſe letztere Stelle im Gegentheil noch als beſtärkend angeführt werden kann, indem nur die unmittelbare Competenz der Reichsgerichte darin beſchränkt, wegen der die landesfürſtliche Kammer betreffenden Klagen aber insbeſondere feſtgeſetzt wird, daß darüber bei den ordentlichen Landesgerichten entſchieden werden ſolle, wie ſolches nachher noch beſtimmter ausgeführt werden wird.

Man kann es hiernach als ein Grundprincip der teutſchen Reichsverfaſſung betrachten, daß kein Unterthan im ganzen Reiche rechtlos gelaſſen werden, daß vielmehr Gerechtigkeit allenthalben ohne Anſehn der Perſon oder der Sachen ſtreng ge-

c) Neue Samml. d. Reichsabſchiede. Th. III. S 476.

d) Ebendaſ. Th. III. S. 660.

handhabt, daß zu dieſem Zwecke auch in jedem einzelnen Staate wohlbeſetzte Gerichte angeordnet werden ſollten. Und auf dieſem Grundprincip beruhet auch poſitiv die gänzliche Unſtatthaftigkeit aller Cabinetsjuſtiz, wogegen die Reichsgerichte ſich jederzeit mit vielem Nachdruck erklärt haben [e]). „Der Fürſt oder Regent richtet nicht ſelbſt; dies thut nur des Despot!“ ſagt Häberlin [f]), und mehr objectiv Klüber [g]): „Cabinetsjuſtiz iſt Unjuſtiz.“

Die ehemalige Reichsverfaſſung iſt nun zwar untergegangen; Kaiſer und Reichsgerichte, denen die Aufrechthaltung der Gerechtigkeitspflege in den teutſchen Staaten oblag, ſind nicht mehr; aber auch in der neuen Geſtaltung Teutſchlandes zu einem Staatenbunde fehlt es nicht an Elementen einer ſicheren Bürgſchaft gegen Rechtloſigkeit. Es iſt von der Bundesverſammlung ſchon in der erſten Zeit ihrer Wirkſamkeit ausdrücklich erklärt worden, wie ſie es der hohen Beſtimmung, wozu ſie berufen worden, entſprechend halte, allen Unterthanen die Ueberzeugung zu verſchaffen, daß Teutſchland nur darum mit dem Blute der Völker von fremdem Joche befreit, und die Länder ihren rechtmäßigen Regenten zurückgegeben worden ſeyen, damit überall ein rechtlicher Zuſtand an die Stelle

e) Häberlin Handb. d. teutſch. Staatsrechts. Th. II. §. 447. 476. Gönner Handb. d. Proceſſes. Th. I. S. 4. Leiſt Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. II. Ausg. §. 156. Grolmann Theor. d. gerichtl. Verfahrens. §. 35. — Beiſpiele reichsgerichtlicher Erkenntniſſe hierüber bei Schick üb. das reichsſtändiſche Inſtanzenrecht. §. 47. Hoſcher Samml. merkw. am Reichskammerger. entſchiedener Rechtsfälle. Th. III. S. 167. ff. v. Rieffel Reichshofrath in Juſtizſachen. Th. I. N. 22. v. Schelhaß über die Gerichtsbarkeit der höchſten Reichsgerichte in Klagen zwiſchen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landesobrigkeit. S. 118. ff.; welcher letztere Schriftſteller, S. 75, dahin auch den Fall zu rechnen ſcheint: „wenn der Fürſt die ihm als ſolchem zuſtehende geſetzgebende Gewalt dazu mißbraucht, um während des Laufs des Proceſſes, oder zu einer Zeit, da ſich derſelbe ſchon mit einiger Zuverläſſigkeit vorausſehen ließ, denjenigen Geſetzen, welche von den Vorzügen des Fiscus in Privatgeſchäften ſprechen, eine ausdehnende authentiſche Erklärung zu geben.“

f) a. a. O. S. 303; übereinſtimmend mit Montesquieu a. a. O.

g) öffentl. Recht d. teutſch. Bundes. §. 293. Not. c.

der Willkühr trete! [h]), und es iſt dieſe allgemeine Zuſicherung auch in der Anwendung auf Klagen der Unterthanen gegen ihre Landesfürſten dadurch beſtätigt worden, daß in mehreren ſolchen Fällen dem ſich beſchwerenden Theile die Betretung des Weges Rechtens vor den Landesgerichten als das verfaſſungsmäßige Mittel, Gerechtigkeit zu erlangen, bezeichnet, bei dieſen Gerichten ſelbſt aber eine ungehemmte Juſtizpflege und ein nach ihrem ſelbſtſtändigen rechtlichen Urtheile ausgeſprochenes Erkenntniß vorausgeſetzt wurde [i]), zu deſſen Sicherſtellung noch in die wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820 [k]) die ausdrückliche Beſtimmung aufgenommen iſt, daß, wenn in einem Bundesſtaate der Fall einer Juſtizverweigerung eintrete, und auf geſetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden könne, alsdann der Bundesverſammlung obliege, deßfalſige Beſchwerden anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hülfe bei der Regierung, welche zu der Beſchwerde Anlaß gegeben habe, zu bewirken.

Demnach bringt es — dieß iſt das Reſultat der bisherigen Ausführung — die öffentliche Verfaſſung Teutſchlands, nicht nur, wie ſie ehedem war, ſondern auch, wie ſie gegenwärtig noch iſt, unzweifelhaft mit ſich, daß, wo irgend eine Klage, die ſich ihrer Natur nach zur Juſtizpflege eignet, zur Entſcheidung kommen ſoll, dieß im gerichtlichen Wege geſchehe, und namentlich von den Landesgerichten geſchehe, indem die Zulaſſung einer Beſchwerde über Juſtiz-Verweigerung nothwendig und durch ſich ſelbſt die Befugniß und Verpflichtung zur Juſtiz-Ertheilung vorausſetzt. — Eine ſcheinbare Bedenklichkeit ergiebt ſich zwar noch aus dem angeführten Artikel der wiener Schlußacte in ſo weit, als darin die Beurtheilung einer vorhandenen Juſtizverweigerung von der Verfaſſung und den beſtehenden Geſetzen jedes Landes abhängig gemacht wird. Will man indeſſen auch nicht, wie es doch die natürlichſte Deutung wäre, jene Modification als correſpondirend mit der vorausgehenden Bedingung, daß auf geſetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden könne, anſehen, und alſo nur davon, daß die vorgängige Benutzung dieſer geſetzli-

h) Protocolle d. deutſchen Bundesverſammlung. B. II. S. 130. (S. 182.)

i) Ebendaſ. B. IV. S. 130. 224. B. IX. S. 180.

k) Art. 29. Ebendaſ. B. IX. S. 27.

chen Wege nach der jedesmaligen Landesverfaſſung zu beurtheilen ſey, verſtehen; wollte man vielmehr daraus die Zuläſſigkeit particularrechtlicher Ausnahmen, welche der Einwirkung der Juſtizpflege völlig entzogen und daher auch zu einer Beſchwerde über Juſtizverweigerung nicht geeignet wären, folgern, ſo müßten doch ſolche Ausnahmen, als dem vorhin entwickelten Geiſte der teutſchen Rechtsverfaſſung eben ſo ſehr, wie der vernunftgemäßen Forderung einer unbedingten und uneingeſchränkten Gerechtigkeitspflege im Staate, widerſprechend, vollkommen klar vorliegen, und als Geſetz oder Verfaſſungsgrundſatz unzweideutig ausgeſprochen ſeyn, was jedoch wohl in keinem teutſchen Staate rückſichtlich der gegen den Landesfürſten, als ſolchen, zu erhebenden Klagen der Fall ſeyn wird.

Doch dieſes führt ſchon auf den zweiten der obigen Beweisſätze hin, der indeſſen einer eignen näheren Erörterung noch bedarf.

§. 4.

Landesgerichte in Vergleichung mit den Reichsgerichten.

Das Poſitive dieſes zweiten Beweisſatzes, daß nämlich die Landesgerichte in teutſchen Staaten es ſind, welchen die Competenz über Rechtsſtreitigkeiten der Landesherrn mit ihren Unterthanen zukommt, ergiebt ſich nach allgemeinen Anſichten ſchon aus dem Inhalte der vorigen beiden §§. Aber nicht unerhebliche Zweifelsgründe bleiben, zur Beſtärkung dieſer an und für ſich begründeten Folgerung, noch zu beſeitigen übrig. Dieſe Zweifelsgründe ſind hauptſächlich von einer Vergleichung der Landesgerichte mit den vormaligen Reichsgerichten, und inſonderheit davon hergenommen, daß, was der Competenz dieſer letzteren ehedem ausſchließend vorbehalten geweſen ſey, auch jetzt nicht von den Landesgerichten zu ihrer Cognition gezogen werden könne. So wäre es — könnte man ſagen — damals als unzweifelhaft anerkannt worden, daß gegen den Landesherrn über wahre Regentenhandlungen keine Klage bei den Landesgerichten ſtatt finde [1]), daß vielmehr, wenn der Streitgegenſtand die Ausübung der Staatsgewalt betreffe, entwe-

1) Gönner teutſches Staatsrecht. §. 303.

der die Auſträgalinſtanz oder die Jurisdiction eines Reichsgerichtes fundirt ſey [m]), und daß inſonderheit Klagen der Unterthanen gegen ihre Landesobrigkeit, als ſolche, wegen Mißbrauchs oder Ueberſchreitung der Landes-Staatsgewalt vor die Austräge oder vor die höchſten Reichsgerichte gehörten, die Territorialgerichte aber ſich in Rechtsſtreitigkeiten dieſer Art der Regel nach durchaus keine Gerichtsbarkeit anmaaßen dürften [n]). Eine an letztere ſeitdem geſchehene Uebertragung dieſer Gerichtsbarkeit aber ſey ſo wenig in einer allgemeinen Norm, als in einem hier einſchlagenden Particulargeſetze, zu finden.

So viel nun vorerſt die Austräge betrifft, iſt es noch höchſt zweifelhaft, ob dieſer Weg jemals von Unterthanen gegen ihre Landesfürſten habe betreten werden können, da ſolcher in der Reichskammergerichts-Ordnung von 1500, Art. XI. [o]), den Bürgern und Bauern ausdrücklich nur gegen Fürſten, welchen ſie nicht unterthan ſind, verſtattet wird [p]). — Wenn man ſolches aber auch nach der reichskammergerichtlichen Praxis annehmen will, ſo iſt wenigſtens dieſe Praxis ununterbrochen dahin gegangen, daß die Unterthanen nach Gefallen zwiſchen den eigentlichen Austrägen und den Landesgerichten wählen konnten [q]). — In Anſehung der Reichsgerichte aber iſt ſehr genau die zwiefache Eigenſchaft, in welcher ſich ihre amtliche Thätigkeit in Juſtizſachen äußerte, zu erwägen und in der Anwendung zu ſondern.

Sie waren nämlich erſtens Inhaber der oberſten Reichs-Juſtizgewalt oder der Reichshoheit in Juſtizſachen. Vermöge dieſer, in dem Subordinationsverhältniſſe der Landeshoheit der Reichsſtände unter Kaiſer und Reich gegründeten, Befugniß konnten die Reichsgerichte ſogar ſolche Beſchwerden der Unterthanen in den teutſchen Reichslanden, welche unmittelbar gegen hoheitliche Verfügungen gerichtet waren, annehmen; ſie konnten ſolche, wenn darin etwas mit

m) Gönner a. a. O. §. 323.

n) Leiſt a. a. O. §. 147.

o) Neue Samml. d. Reichsabſch. Th. II. S. 70.

p) Pütter Rechtsfälle. B. III. resp. 264. §. 31.

q) v. Schelhaß a. a. O. S. 44.

der Landesverfaſſung oder den Rechten der Unterthanen Unverträgliches lag, gerabezu aufheben, ihnen gebührte ein Urtheil darüber, ob der Landesherr nicht ſeine Staatsgewalt mißbraucht, deren Grenzen übertreten habe zum Nachtheil des ſich beſchwerenden Unterthan r); und es fehlt nicht an Beiſpielen, wo gegen ſolchen Mißbrauch der landesherrlichen Gewalt zur Unterdrückung des Rechts ſogar die perſönliche Beſtrafung des verklagten Reichsſtandes von den Reichsgerichten erkannt worden iſt s). An dieſem Attribute der höchſten Reichsgerichte haben die auf bloße Jurisdiction beſchränkten Landesgerichte niemals Theil genommen, und man kann in ſo weit als ein allgemein gültiges Princip aufſtellen, was v. Bülow und Hagemann t) aus einem hannöverſchen Miniſterialſchreiben mittheilen, daß nämlich die beinahe allgemeine Reichsobſervanz, nach welcher teutſche Landesherrn in Streitigkeiten mit ihren Landesunterthanen dem Erkenntniſſe ihrer eigenen Landesgerichte ſich unterworfen haben, nie dahin ausgedehnt worden ſey: „daß den Landesgerichten frei ſtehen könnte, irgend einige Competenz auch in ſolchen Streitigkeiten zwiſchen Landesherrn und Unterthanen ſich anzueignen, wobei der Grund der Beſchwerde in der Art der Ausübung eines weſentlichen Landeshoheits-Rechts geſetzt wird, und wobei mithin die Entſcheidung des Streits im Grunde lediglich von der Frage abhängt, ob ſolches reichsgeſetz- und landesverfaſſungsmäßig ausgeübt worden ſey.“ Das nur den Reichsgerichten vorbehaltne Recht, über Beſchwerden wegen Mißbrauchs der Regierungsrechte oder Uebertretung der Grenzen der Staatsgewalt teutſcher Landesfürſten zu erkennen, iſt auch bei deren Auflöſung keinesweges auf die Landesgerichte übergegangen, indem vielmehr durch die den Fürſten zu Theil gewordene Souveränetät ihnen allein das freie Urtheil über die Ausübung der Staatsgewalt anheim gefallen iſt, und daher factiſch angenommen werden muß, daß Alles, was ein Fürſt von Landeshoheits wegen verordnet, dem Staatszwecke gemäß und durch denſelben weſentlich bedingt ſey, auch wenn dadurch

r) Pütter Rechtsfälle. B. I. ded. 68. §. 1. Schick über das reichsſtändiſche Inſtanzenrecht. §. 41.

s) Pütter Beiträge zum teutſch. Staatsr. Th. I. Abſchn. 18. S. 304. Deſſelb. hiſtor. Entwickelung der Staatsverfaſſung d. teutſch. Reichs. Th. III. S. 236. ff.

t) pract. Erörterungen. Th. I. N. 46. S. 243.

in jura privatorum eingegriffen wird, wozu die Staatsgewalt zu Erreichung des Staatszweckes ohne Zweifel befugt iſt. Es kann demnach kein Unterthan, und auch keine öffentliche Behörde, inſonderheit kein Gericht, ſich ein Urtheil herausnehmen über die Frage: ob irgend ein Geſetz, eine neue Einrichtung, eine ſpecielle Verfügung des Landesherrn, rechtlich beſtehen könne und in ihrem vollen Umfange zu vollziehen ſey; es kann daher namentlich nicht vor den Gerichten dahin Klage erhoben werden, daß ein Geſetz über Privatanſprüche an den Staat für wirkungslos erklärt, daß eine neue Anordnung in der Gerichtsverfaſſung wieder aufgehoben, daß eine Verſetzung einzelner Staatsbeamten nicht ausgeführt werde. Wer hierüber erkennen wollte, würde ſich, durch das Urtheil über die Art und Weiſe der Ausübung der Staatsgewalt, über den Herrſcher ſelbſt erheben; das Gericht, welches ſolches unternähme, würde die ihm angewieſene Function des Rechtſprechens überſchreiten und ſich in das Gebiet der Staatsverwaltung eindrängen. Da erſchiene allerdings eine Incompetenz ſo unheilbarer Art, daß ſelbſt, wenn dergleichen Klagen von den Gerichten wirklich angenommen wären, nicht die Dauer der Zeit, nicht die Menge der Fälle, nicht die Gleichförmigkeit des Princips, die Nichtigkeit des Geſchehenen aufzuheben oder eine künftig zu befolgende Obſervanz zu begründen vermöchte.

§. 5.

Uebergang der reichsgerichtlichen Jurisdiction.

Als ein zweites, mit jenem in keiner weſentlichen Verbindung ſtehendes, Attribut kam aber den Reichsgerichten auch die oberſte Gerichtsbarkeit zu, vermöge deren nicht nur Klagen gegen Reichsunmittelbare in erſter Inſtanz bei ihnen angebracht wurden, ſondern auch Berufungen gegen die Erkenntniſſe der Landesgerichte in letzter Inſtanz an ſie gelangten. Dieſen letzteren Theil ihrer richterlichen Competenz hatten die Reichsgerichte ſchon lange vor ihrer Auflöſung in allen denjenigen Staaten, für welche unbeſchränkte Appellationsprivilegien erlangt worden waren, eingebüßt, und in dieſer Hinſicht nichts weiter, als die Cognition über Beſchwerden wegen unheilbarer Nichtigkeit oder wegen verweigerter Juſtizpflege, beibehalten [u]). Jener

u) Leiſt Lehrb. d. Staatsrechts. §. 161.

Jener erſtere Theil der reichsgerichtlichen Jurisdiction, ihre Competenz, über Klagen gegen Reichsunmittelbare in erſter Inſtanz zu erkennen, aber iſt es, von deſſen näherer Beſtimmung und weiterem Schickſale nach Aufhebung der Reichsgerichte eigentlich allein die Beantwortung der hier zu prüfenden Streitfrage abhängt. Und hierbei glaube ich vor allen Dingen unterſcheiden zu müſſen zwiſchen Klagen gegen den Landesfürſten für ſeine Perſon, als Individuum betrachtet, und denjenigen, welche gegen ihn als Regenten, d. h. als Repräſentanten des Staates oder der Geſammtheit der Staatsbürger, erhoben werden.

Selbſt in Anſehung jener Klagen ließen ſich wohl nicht unerhebliche Gründe dafür anführen, die Landesgerichte dermalen für competent zu erklären. Denn Eigenmacht und Selbſthülfe allenthalben im Staate zu verbannen, darin beſteht, wie ich gleich anfangs bemerkte, der weſentlichſte Zweck des Staates; lediglich zu dieſem Zwecke ſind die Gerichte, und zwar die Gerichte ausſchließend, angeordnet; es darf alſo im Staate keinen Fall geben, welcher, durch Exemtion von der gerichtlichen Competenz im Allgemeinen oder von jeder gerichtlichen Competenz, der Entſcheidung mittelſt Selbſthülfe und Eigenmacht überlaſſen bliebe; da nun der Bundestag die Eigenſchaft eines Bundesgerichts bisher noch nicht angenommen hat, und daher Klagen der Unterthanen gegen die Fürſten daſelbſt nicht angebracht werden können, da auch die neu angeordnete Auſträgal-Inſtanz auf Rechtsſtreitigkeiten der Fürſten unter einander eingeſchränkt iſt, und da außerdem keine auswärtige Behörde exiſtirt, deren Competenz die teutſchen Fürſten in perſönlichen Klagen einzelner Privatperſonen gegen ſich anerkennten und anzuerkennen hätten, ſo folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß, wenn man auch die eignen Landesgerichte von der Cognition über ſolche Klagen ausgeſchloſſen halten wollte, es gänzlich an einem Mittel zur rechtlichen Entſcheidung von dergleichen an und für ſich dazu geeigneten Streitigkeiten fehlen, mithin nichts anders, als Selbſthülfe und Eigenmacht, übrig bleiben würde, welche dann in der Regel allerdings für den Fürſten, als den ſtärkeren Theil, entſcheiden wird. Gerade dieſen Geſichtspunct vergeſſe man nur ja nicht, bei der Beurtheilung der aufgeworfenen Frage recht ſcharf ins Auge zu faſſen, und man wird den höchſt weſentlichen Unterſchied nicht verkennen zwiſchen dem dermaligen Stande der Dinge, und demjenigen, wie er zur Zeit der Reichsgerichte war; es iſt jetzt nicht mehr, wie damals,

nur davon die Frage: wer über perſönliche Klagen gegen teutſche Fürſten zu entſcheiden habe?, ſondern ob überall eine gerichtliche Entſcheidung darüber ſtatt finden ſolle? — Dieſe letztere Frage kann, ohne das Princip der Gerechtigkeit im Staate geradehin umzuſtoßen, nicht verneint werden; ihre Bejahung aber zieht die Competenz der Landesgerichte nothwendig nach ſich, da außer ihnen keine gerichtliche Behörde, welche dazu befugt ſeyn könnte, exiſtirt.

Wenn aber hiernach ſo wichtige Gründe für die Competenz der Landesgerichte, ſelbſt in Perſonalſachen der teutſchen Fürſten, geltend gemacht werden können; wie viel mehr müſſen ſolche für eine gleiche Competenz in Sachen, wobei die Staatsgewalt, als ſolche, belangt wird, entſcheiden. Zudem aber läßt ſich, von jenen Gründen unabhängig, nachweiſen, daß dieſer zweite Theil der unmittelbaren richterlichen Competenz der Reichsgerichte, die Cognition über Klagen wider Landesfürſten, als Repräſentanten des Staates, wenn er ihnen den Landesgerichten gegenüber jemals zukam, doch nunmehr auf dieſe übergegangen ſey. Schon unter der ehemaligen Reichsverfaſſung konnten dergleichen Klagen gegen die Landesherrſchaft bei den Landesgerichten angebracht werden, und die Fürſten hielten ſich ſogar beſchwert, wenn ſolche unmittelbar an die Reichsgerichte gelangten. In Anſehung der eigentlichen Kameralſachen ſteht dieſes durch ein ausdrückliches Geſetz, die oben bereits erwähnte Stelle der Wahlcapitulation von 1792, Art. 19. §. 6, feſt, indem es darin heißt: „wenn auch Landſtände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit in Privatſachen (d. h. über Verletzung ihrer Privatrechte), welche die landesfürſtliche Kammer betreffen, Klage führen, ſo ſollen und wollen Wir dieſe bei ihren ordentlichen Landesgerichten entſcheiden laſſen.“ Aber auch in Anſehung der hoheitlichen Regierungs-Handlungen, ſobald dabei von einer Verletzung wohlerworbener Privatgerechtſame die Rede iſt, muß daſſelbe angenommen werden, wie gerade derjenige Schriftſteller, den man wohl mit Recht den wiſſenſchaftlichen Begründer des teutſchen Staatsrechts auf hiſtoriſchem Wege nennt, Pütter, auf's Beſtimmteſte bezeugt. „In iis, quae a principe in exercitio potestatis legislatoriae, juris collectandi, aliusve juris territorialis peraguntur, non quaelibet contradictio seu oppositio singulorum civium qualificata est ad cognitionem judiciariam. Attamen si quis jus quaesi-

tum sibi violari, aut in exercitio juris privati nomine principis sibi quid iniungi vel denegari conqueritur, quod iniungi vel denegari nefas esse contendit, utroque hoc casu num jure subsistant, quae principis nomine fiunt, definiri nequit, nisi audita utraque parte, ideoque causa justitiae est, in via juris tractanda. Quae si admittitur, aut nomine principis agitur a procuratore camerae in foro territoriali, aut a cive, qui se laedi queritur, agitur adversus officialem cameramve principis similiter in foro territoriali, salvo beneficio transmissionis actorum, et appellationis ad imperii, aut, si privilegio de non appellando illimitato, neque hoc genere causarum excepto, princeps munitus fuerit, ipsius territorii suprema tribunalia. Ipse princeps quo minus in ejusmodi causis conveniri queat in supremis imperii judiciis, non solum instantia austraegali tutus est, sed et speciali observantia, vi cujus non aliter, quam in suis ipsorum judiciis a subditis suis conveniri possunt principes. Sin denegatur via juris, aditus laesis ad suprema imperii tribunalia patet“ [v]).

Dazu kommt, daß in denjenigen Staaten, wo durch uneingeſchränkte Appellations-Privilegien der Zugang zu den Reichsgerichten für alle ordentlichen Rechtsmittel abgeſchnitten war, die Oberappellationsgerichte auch in der Hinſicht an ihre Stelle getreten ſind, daß denſelben zunächſt und unmittelbar die Verbindlichkeit obliegt, dafür zu ſorgen, daß der Weg Rechtens einem Jeden ohne Unterſchied, und in allen Sachen ohne Ausnahme, die ſich nur im Allgemeinen zur Juſtizpflege eignen, offen ſtehe und geſichert bleibe. Die Oberappellationsgerichts-Ordnungen der einzelnen teutſchen Staaten geben die Verpflichtung hierzu aufs deutlichſte kund, und von der kurheſſiſchen insbeſondere wird nachher noch in dieſer Hinſicht weiter geredet werden. Es ward aber dieſe Verpflichtung immer für eine ſo ſtrenge und allgemein durchgreifende gehalten, daß ſelbſt die uneingeſchränkteſten Appellations-Privilegien nicht zu verhindern vermochten, daß, wenn von den Landesgerichten bis zur letzten Inſtanz irgend Jemanden der Weg Rechtens verſagt worden, die Competenz der Reichsgerichte ſofort wieder in Wirkſamkeit trat, dergeſtalt, daß

v) Pütter institut. juris publici. §. 299. Deſſelb. Rechtsfälle. a. a. O. §. 29. 30.

nach vorgängiger Erlaſſung von Promotorialen [w]), falls dieſe ohne Erfolg blieben, die ganze Sache an das Reichsgericht zur eignen Entſcheidung devolvirt wurde [x]). — Auch hat die dermalige Verfaſſung Teutſchlands an dieſem Verhältniſſe im Weſentlichen nichts geändert, obwohl die letzterwähnte Wirkung, nach Aufhebung der Reichsgerichte und bei dem Mangel eines dieſelben erſetzenden Bundesgerichts, von ſelbſt hinwegfallen muß. Wie ſonſt bei den Reichsgerichten, kann jetzt bei dem Bundestage Beſchwerde über verweigerte Juſtiz geführt werden; dieſe Beſchwerdeführung beruhet auf der bei der allgemeinen Einführung der Oberappellationsgerichte in ſämmtlichen Bundesſtaaten durch Art. 12. der Bundesacte ausgeſprochenen Verbindlichkeit einer jeden teutſchen Regierung, drei Inſtanzen anzuordnen und in dieſer Art Juſtizpflege zu gewähren [y]); es iſt daher nun um ſo mehr unzweifelhafte Pflicht für die Oberappellationsgerichte, einem Jeden ohne Unterſchied der Perſon, der in ſeinem Rechte ſich verletzt glaubt, gegen Jeden ohne Unterſchied des Standes und Würde, wider welchen wegen verletzten Rechts Klage erhoben wird, den Weg Rechtens zu eröffnen, damit ſie nicht ſelbſt ſich einer Verweigerung der Juſtizpflege ſchuldig machen, und zu desfallſiger Beſchwerde bei dem Bundestage Anlaß geben. So hat auch die Bundesverſammlung ſelbſt, deren verfaſſungsmäßige Beſchlüſſe, nach Art. 10. der wiener Schlußacte, den Geſammtwillen des Bundes ausdrücken, das Princip ungehemmter Juſtizpflege in den teutſchen Staaten angewendet, ohne dabei die Perſon des Verklagten und deren hoheitliche Eigenſchaft in Betracht zu ziehen. Zwar mag, was einzelne Mitglieder der Bundesverſammlung deßhalb geäußert haben, ſo ſchön und treffend es geſagt ſey, hier nicht weſentlich zur Berückſichtigung kommen; aber wenn, wie ich oben bereits er-

w) Dergleichen Promotorialen ſprachen den Rechtsfertigungsgrund für das ausnahmsweiſe Einſchreiten des Reichsgerichts in den Worten aus: „wenn nun Niemand im heiligen römiſchen Reiche rechtlos gelaſſen werden ſoll.“ Pütter epit. process. imperii. §. 388. Not. c.

x) Pütter l. c. §. 389. 391. Tafinger jurispr. camer. T. II. §. 582. Schon die Goldne Bulle, Cap. 11. §. 3, beſchränkt das den Kurfürſten ertheilte privilegium de non appellando durch den Vorbehalt: quamdiu querulantibus non fuerit justitia denegata: Neue Samml. der Reichsabſchiede. Th. I. S. 66. Leiſt a. a. O. §. 161.

y) Protocolle d. teutſch. Bundesverſamml. B. III. S. 179. a.

wähnte, die ganze Bundesverſammlung, auf Veranlaſſung einer Rechtsſtreitigkeit zwiſchen Unterthan und Landesherrn, mittelſt „einhellig gefaßten“ Beſchluſſes, erklärt, ſich durch keine ungleiche Beurtheilung des betheiligten Bundesgliedes abhalten zu laſſen, bedrängter Unterthanen ſich anzunehmen, und überall einen rechtlichen Zuſtand an die Stelle der Willkühr treten zu laſſen z); wenn dieſelbe ſodann, getreu dieſem öffentlich erklärten Princip, auf mehrere Klagen einzelner Unterthanen gegen ihren Landesfürſten wegen der ihre Privatrechte verletzenden Anwendung neuer Verordnungen, dieſelben zunächſt in den Weg Rechtens vor den Landesgerichten verweiſ't, das eine Mal ſogar unter ausdrücklicher Bemerkung, daß die Betretung des Rechtsweges den Nachſuchenden weder direct noch indirect durch geſetzliche Verfügungen gehindert oder benommen werde; ein anderes Mal mit der Bemerkung, daß noch nicht conſtire, ob die Landesgerichte nach ihrem ſelbſtſtändigen rechtlichen Urtheil zu ſprechen, ſich geweigert hätten *); und wenn man dennoch Bedenken finden wollte, hieraus eine förmliche Anerkennung der Competenz der Landesgerichte zur Entſcheidung über Rechtsſtreitigkeiten dieſer Art zu folgern, dann würde man in der That jenen „hohen Rath der Teutſchen“ einer Doppelſinnigkeit beſchuldigen müſſen, die alles Vertrauen auf Juſtiz nothwendig untergraben würde, indem ſie den zum Wege Rechtens Verwieſenen, ſtatt des ihm dargebotenen Arms der ſchützenden Gerechtigkeit, nichts als ein Schattenbild erfaſſen ließe. Wie entfernt man gleichwohl von der eine ſolche Deutung oder vielmehr Mißdeutung rechtfertigenden Anſicht in der That geweſen ſey, beweiſ't aufs Unwiderſprechlichſte der dem Bundestagsbeſchluſſe vom 12. Octbr. 1818 vorausgegangene Vortrag des Referenten, der doch, nach erfolgtem Beitritt der Majorität zu dieſem Vortrage, als die Quelle des Beſchluſſes ſelbſt anzuſehen iſt, und deſſen zuverläſſigſtes Interpretationsmittel abgiebt. In dieſem Vortrage aber wird die Competenz der Landesgerichte wiederholt ausgeſprochen; es dürfe, heißt es darin, an Behörden nicht mangeln, welche die rechtliche Entſcheidung in ſolchen Fällen zu ertheilen hätten; dieſe Behörden ſeyen die Landesgerichte, und der Bundestag im Falle der verweigerten Juſtiz; die wegen der Unfähigkeit der Landesgerichte aufgeſtellten Behauptungen ſeyen ungegründet, und vielmehr „die vorliegenden Streitigkeiten zwiſchen Fürſten und Unterthanen von der Art,

z) Ebendaſ. B. II. S. 130.

*) Ebendaſ. B. VI. S. 130. B. IX. S. 180. — Man ſehe jedoch B. XV. S. 571.

daß ſie ſich an und für ſich einzig zur Entſcheidung der Landesgerichte eigneten" [a]).

§. 6.

Gerichtscompetenz in Kurheſſen.

Auch nach Kurheſſens Particularnormen finden wir Dasjenige in aller Hinſicht beſtätigt, was bisher über die unbedingte Zuläſſigkeit des Weges Rechtens gegen Jedermann, und über die Competenz der Landesgerichte zur Cognition in Rechtsſtreitigkeiten zwiſchen Landesherrn und Unterthanen, in Teutſchland überhaupt vorgetragen, und aus allgemeinen naturrechtlichen und poſitiven Gründen entwickelt worden iſt.

Schon in der erſten Hofgerichtsordnung von 1500 wird im Eingange der hohe Zweck ausgeſprochen, daß einem Jeden bei den Gerichten rechtsförderlich geholfen werde, und Niemand ſich als rechtlos zu beklagen habe [b]). An eine Unterſcheidung zwiſchen Rechtsſtreitigkeiten der Unterthanen mit einander und mit dem Landesfürſten oder ſeinen Beamten dachte man damals nicht; im Gegentheil nennt die Canzleiordnung von 1581, Tit. V. [c]), ausdrücklich unter dem Titel von fürſtlichen Privatſachen — „Unſere eigene Sachen, die Wir mit Unſern Unterthanen und Anderen zu thun haben"; der Ausdruck: fürſtliche Privatſachen aber erläutert ſich durch die Canzleiordnung von 1628, Tit. V. §. 3. [d]), dahin, daß unter dieſer allgemeinen Rubrik namentlich auch „rechtshängige Sachen" des Fürſten begriffen ſeyen; und hiermit iſt ſodann die im §. 6, gleichlautend mit §. 7. der Canzleiordnung von 1613 [e]), enthaltne Aufzählung der verſchiedenen

a) Ebendaſ. B. VI. S. 224. 225. Schon bei dem erſten wiener Congreſſe erklärten mehrere teutſche Fürſten, daß ſie bisher ſchon die Competenz der Landesgerichte in Klagſachen gegen die Regierung als unzweifelhaft anerkennten: Klüber Ueberſicht der Verhandlungen des wiener Congreſſes. S. 177. 260.

b) Samml. d. Landesordn. B. I. S. 29.

c) Ebendaſ. B. I. S. 441.

d) Ebendaſ. B. II. S. 14.

e) Ebendaſ. B. III. S. 718.

Gattungen von Streitigkeiten zwiſchen Beamten und Unterthanen in Verbindung zu ſetzen. Doch dieſe ganze Stelle iſt zu bemerkenswerth, um nicht vollſtändig hier einen Platz zu finden: „Wo ſich auch Gezänk und Irrthum zwiſchen unſern Beamten und Unterſaſſen, vom Adel und Anderen, Uns und die Unſeren betreffend, es ſey um Obrigkeit, Folge, Steuer, Gericht, Wildbahn, Jagd, Gehölz, oder Anderes, zutrüge, darauf ſollen Unſer Präſident (Canzler) und Vicecanzler mit ſonderlichem Fleiße ſehen, daß Uns nichts entzogen, ſondern das Unſere, ſoviel in Recht und Billigkeit geſchehen kann, ohne Verminderung erhalten werde; doch iſt Unſere Meinung nicht, daß Jemand das Seinige abgezogen oder mit Unbilligkeit ſollte beſchwert werden, ſondern Wir begehren allein das Unſere zu behalten, und einem Jeden das Seine zu laſſen.“ Gleichergeſtalt ſetzt die Canzleiordnung von 1656, Tit. V. §. 23. f), als etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes voraus, daß die fürſtlichen eigenen Privatſachen mit den Unterthanen Gegenſtand der gerichtlichen Verhandlung und Entſcheidung ſeyen, indem ſie nur die Beſchleunigung und fleißige Wahrung ſolcher Sachen, und namentlich der rechtshängigen, vorſchreibt. Irgend eine Ausnahme gewiſſer herrſchaftlicher Sachen hierbei ſtillſchweigend unterſtellt zu halten, würde mit dem hochſinnigen Bekenntniſſe des Landesfürſten ſelbſt in dem Eingange dieſer Verordnung: „daß ohne eine rechtſchaffene und unpartheiiſche Adminiſtration und Beförderung der lieben Juſtiz kein Regiment beſtehen könne, und ſolche vor Allem wohl in Acht genommen ſeyn wolle,“ in ſonderbarem Mißklang ſtehen, auch bietet ſich in keiner Hinſicht Stoff und Veranlaſſung zu einer ſolchen Unterſtellung dar.

Noch beweiſender für das hieraus gezogenene Reſultat ſind aber diejenigen landesherrlichen Erklärungen und Verfügungen, welche das im Jahre 1742 erlangte privilegium de non appellando illimitatum begleitet haben. Als hauptſächlichſten Beweggrund, dieß für die Sicherheit einer ungeſtörten Juſtizpflege allerdings gefährliche Privileg zu erlangen, führte der damalige Regent, Friedrich I. (König von Schweden), als reichs- und landkundig an, wie er ſeit dem Antritt der Regierung ſich ganz treulich und eifrig habe angelegen ſeyn laſſen,

f) Ebendaſ. B. II. S. 284.

daß einem Jeden ohne Unterſchied der Perſon, dem Armen wie dem Reichen und dem Reichen wie dem Armen, bei den Regierungs-Canzleien, Hof- und Oberappellations-, auch allen anderen Gerichten, die heilſame Gerechtigkeit unpartheiiſch und ſchleunigſt widerfahren, und ſich Niemand mit einigem Fug darüber zu beſchweren die geringſte Urſach haben möchte, wie er darin auch ferner möglichen Fleißes fortzufahren entſchloſſen wäre, und, wenn Jemand in erſter Inſtanz gravirt zu ſeyn erachte, demſelben in den weiteren Inſtanzen geholfen würde und in Zukunft geholfen werden ſollte, alſo daß ein Jeder bei den Canzleien, Hof- Oberappellations- und anderen Gerichten ſich ſchleunigen unpartheiiſchen Rechtens wohl erholen könnte; wogegen aber die Appellationen an die Reichsgerichte durch Verzögerung und Koſtenaufwand zur Hemmung der Juſtiz und vieler Leute äußerſtem Verderben gereichten [g]). Dieſer Beweggrund iſt, nachdem hierauf und mit ausdrücklicher Anführung deſſelben das Appellations-Privilegium ertheilt worden, einer vorbehaltenen Bedingung gleichzuachten, und es liegt in ihm ein rechtlicher Grund der Verpflichtung zu Aufrechthaltung einer allgemein durchgehenden, keinerlei Ausnahme zulaſſenden, Gerechtigkeitspflege. Von dieſem Geſichtspuncte aus muß man Alles, was zu Vollziehung der gegebenen Zuſage damals verordnet worden, betrachten, und in einem hiermit übereinſtimmenden Sinne deuten. Thut man dieß, ſo wird man auch hier gewiß nicht die entfernteſte Spur einer beabſichtigten Ausnahme von Juſtizſachen irgend einer Art, welche nicht der Entſcheidung der Landesgerichte überlaſſen ſeyn ſollten, finden. In dem Edict vom 26. Nov. 1743 [h]) wird vorerſt, in völliger Uebereinſtimmung mit der obigen Erklärung, als die vornehmſte Sorge des Regenten ausgeſprochen, daß bei allen Ober- und Untergerichten die heilſame Gerechtigkeit einem Jeden ohne Unterſchied der Perſon unpartheiiſch und ſchleunig widerfahren möge; zugleich werden die Mitglieder des Oberappellationsgerichts in denen Sachen, welche den Landesfürſten und ſeine Nachfolger, die Kammer, Aemter und Gerechtigkeiten, die landesherrlichen Beamten und Bedienten, welche in deſſen Namen agiren, einiger Maaßen betreffen, oder wobei der Landesfürſt und deſſen Nachkommen ein Intereſſe haben möchten, ihrer auf Reſpicirung des landesherrlichen Beſten

g) Ebendaſ. B. IV. S. 853.

h) Ebendaſ. S. 852.

Beſten geleiſteten Pflichten erlaſſen, und lediglich zu einer ganz unpartheiiſchen reinen Juſtiz verbindlich gemacht; endlich wird verſichert, daß keine Sache, welche in die Juſtiz einſchlägt, und ihrer Eigenſchaft nach durch einen Spruch Rechtens zu erörtern iſt, anders wohin, als vor die ordentlichen hierzu beſtellten Juſtizcollegien, gezogen werden ſolle [i]). — Durch eine höchſte Reſolution vom nämlichen Tage, welche durch das Regierungs-Ausſchreiben vom 28. December 1743 [k]) ins Land erlaſſen worden, ward zugleich die bisher ausnahmsweiſe beſtandene Kammerjurisdiction aufgehoben, und verordnet, daß alle und jede die Rentkammer angehenden Sachen, wobei die Gerechtſame mit einem Unterthan ſtreitig, und eine rechtliche Ausführung und Erkenntniß nöthig ſey, wieder vor die Regierungen und Canzleien verwieſen ſeyn ſollten. — Durch die Verordnung vom 10. März 1786 [l]) ward ferner auf den Antrag der Landſtände [m]) verfügt, daß alle und jede Unterthanen in Proceſſen gegen die Kriegs- und Domainenkammer und das Steuer-Collegium ſogleich bei den Juſtizcollegien rechtliches Gehör finden ſollten, ohne die bisher vorgeſchriebenen Vorbereitungen, welche die Juſtiz in ihrem geraden Lauf gehindert und verzögert hätten, zu bedürfen. Auch iſt hierin durch die in den Verordnungen vom 20. Nov. 1789 und 25. Juni 1805 [n]) wieder vorgeſchriebene Einwilligung des Steuercollegiums zu Klagen der Gemeinden im Weſentlichen nichts abgeändert worden, da erſtere ausdrücklich ſolche Gegenſtände, wo es auf Auswirkung rechtlichen Gehörs bei einem Juſtizcollegium ankommt, ausnimmt, letztere aber von allen Proceſſen ohne Unterſchied redet, alſo keine beſondere Einſchränkung in Anſehung der herrſchaftlichen enthält.

Dieſem Allen zufolge erſcheint es als ein auch in unſerer vaterländiſchen Verfaſſung und unſeren Landesgeſetzen unzweifelhaft begründetes Princip, daß keiner

i) Aehnliche Vorſchriften enthalten die Celliſche Oberappellationsgerichts-Ordnung von 1713: Siebers von der Macht der Reichsſtände und Gerichtsherrn, ſelbſt Recht zu ſprechen. S. 169. 179; und die K. Preuſſiſche Kammergerichts-Ordnung von 1748: Klein Annalen. B. II. S. 391.

k) Samml. d. Landesordn. B. IV. S. 851. 857.

l) Ebendaſ. B. VII. S. 45.

m) Ebendaſ. S. 63. N. 13.

n) Ebendaſ. B. VII. S. 373. B. VIII. S. 244.

der Unterthanen ſich als rechtlos beklagen dürfe, daß vielmehr einem Jeden ohne Unterſchied der Perſon unpartheiiſche Gerechtigkeit widerfahren müſſe, daß zu dieſem Zwecke alle in die Juſtiz einſchlagenden und zu einem Spruche Rechtens geeigneten Sachen den Landesgerichten ausſchließend zugewieſen ſeyen, auch die denſelben zu dieſem Zwecke anvertraute Juſtizpflege ſich ebenſowohl auf die das landesherrliche Intereſſe betreffenden, als auf Rechtsſtreitigkeiten unter den Privatperſonen, erſtrecke, daß daher ein jeder Unterthan auch gegen den Landesfürſten rechtliches Gehör bei den Juſtizcollegien finde, und dieſe in allen den Landesfürſten und deſſen Intereſſe angehenden Sachen ganz beſonders zu reiner und unpartheiiſcher Gerechtigkeitspflege verpflichtet ſeyn ſollen.

Dieſes Princip, ſo wie es auf einem allgemeinen Grunde beruhet, muß auch in allgemeiner Anwendung genommen werden. Inſonderheit kann dabei von einer ſubjectiven Beſchränkung — einer Unterſcheidung der in dem Fürſten vereinigten juriſtiſchen Perſonen, als Repräſentant der Geſammtheit der Staatsbürger, als Inhaber der Hoheitsrechte, als Verwalter des Fiscus ꝛc. — durchaus nicht die Rede ſeyn, um ſo weniger, als in der angeführten Stelle der Canzleiordnungen von 1613 und 1628 namentlich mehrere Gegenſtände vorkommen, die als unmittelbarer Ausfluß der oberſten Staatsgewalt zu betrachten ſind, und von dem Regenten lediglich in der erſtgedachten Eigenſchaft, wobei allein die Anwendung jenes Princips noch zweifelhaft ſcheinen könnte, ausgeübt werden, wie z. B. Obrigkeit, Folge und Steuern.

§. 7.

Staatsanwälte.

Eine ſolche ſubjective Beſchränkung könnte man nun aber vielleicht dadurch gerechtfertigt halten, daß den herrſchaftlichen Anwälten kein ausdrücklicher Auftrag zur Vertretung des Landesherrn in ſeiner weſentlich hoheitlichen Qualität ertheilt ſey, und es ihnen daher bei den hierauf ſich beziehenden Rechtsſtreitigkeiten an der Legitimation zum Proceſſe fehle, unter dieſer Vorausſetzung aber ein Klagrecht gegen den Landesfürſten, der doch nicht wohl unmittelbar vor die Gerichte geladen werden könnte, nicht zur Wirklichkeit zu bringen ſey. Zu

Beſeitigung dieſes Zweifelsgrundes wird zunächſt und hauptſächlich eine richtige Anſicht von der Stellung der Staatsanwälte zu dem Landesfürſten dienen. Der Landesfürſt iſt Repräſentant und Führer des Staates in ſeiner Geſammtheit; was er thut, geſchieht im Namen des ganzen Staates, der Character aller Regierungshandlungen iſt, von dem handelnden Subject ausgegangen, Einheit und Untheilbarkeit, ſo vielfach dieſelben auch in ihren Wirkungen ſich zerſpalten, und als vereinzelt nach den verſchiedenen Orten, Perſonen, und Sachen, an denen ſie ihre Wirkung äußern, erſcheinen. Mag daher ein Rechtsſtreit erhoben werden in der einen oder andern Provinz, von einem einzelnen Unterthan, einer ganzen Claſſe, oder einem ganzen Stande, über eine Regentenhandlung, ein Hoheitsrecht, eine Cameralgerechtſame, oder über Privateigenthum; immer iſt, wenn der Anſpruch gegen eine landesherrliche Behörde gerichtet wird, der Landesherr ſelbſt — als einziger Inhaber der Staatsgewalt in ihrem ganzen Umfange — wahrhaft auch der einzige Verklagte. Der Landesherr ſelbſt und allein iſt es, welcher auf dergleichen Klagen zu antworten, ſich gegen den gemachten Anſpruch zu vertheidigen hat. Wem er hierbei die proceſſualiſche Vertretung Namens ſeiner übertragen, und ob er dieſen ſeinen Vertreter — ſeinen Anwalt — in einer Perſon für das ganze Land conſtituiren, oder deren mehrere nach den verſchiedenen Provinzen oder nach den verſchiedenen Geſchäftszweigen beauftragen will, iſt für das rechtliche Verhältniß derſelben zu dem committirenden Landesfürſten ohne alle Bedeutung; einer wie der andere vertritt den Landesfürſten ganz, in deſſen Namen und Auftrag er handelt; was der Staatsanwalt für Oberheſſen, Fulda oder Hanau, innerhalb der Grenzen des ihm anvertrauten Amtes, vornimmt, hat ebenſowohl den Character einer Staatshandlung, wie das von dem Staatsanwalte für Niederheſſen Vorgenommene, ja ſelbſt wie Dasjenige, was der Landesfürſt ſelbſt gethan, indem jene alle als das rechtmäßige Organ des Landesfürſten in den einzelnen Provinzen zu betrachten ſind.

Ueberdieß aber läßt ſich die allgemeine Ermächtigung der herrſchaftlichen Anwälte zur Vertretung des Landesherrn vor den Gerichten auch in Anſehung der eigentlichen Regierungsſachen ſelbſt nach den hierüber vorhandenen ausdrücklichen Beſtimmungen der Geſetze annehmen. Nach einer in der Sammlung der Landes=

ordnungen [o]) abgedruckten, die Abgrenzung des Geſchäftskreiſes des advocatus fisci, procurator fisci, und advocatus camerae, in Anſehung der Advocatur in den herrſchaftlichen Proceſſen betreffenden, höchſten Reſolution vom 14. Novemb. 1775 werden, außer den im Einzelnen genannten Jurisdictions-, Steuer-, Forſt-, Jagd-, Bergwerks- und Cameral-Sachen, dem advocatus und procurator fisci überhaupt zugewieſen alle fiscaliſchen und andere herrſchaftlichen Sachen, und wenn man auch unter letzteren nur die im Einzelnen verzeichneten verſtanden glauben wollte, ſo führt wenigſtens für den Ausdruck: fiscaliſche Sachen, ein die Beſchleunigung der fiscaliſchen Proceſſe betreffender gnädigſter Befehl vom 5. Septemb. 1735 [p]) zu einer viel weiter gehenden Deutung, indem es darin heißt: die fiscaliſchen, ſowohl Unſere Lehen, als alle andere Unſere jura und hohen Befugniſſe, betreffenden Rechtsſachen. Jeden noch übrigen Zweifel aber hebt, nach der neuen Gerichtsverfaſſung vom Jahre 1821, der §. 60. des Organiſations-Edicts [q]): „die Vertheidigung Unſerer Hoheits- und dergleichen Staats-Gerechtſame in ſtreitigen Fällen vor Gericht geſchieht durch den Staatsanwalt!“ Wäre auch der Geſchäftskreis der ehemaligen herrſchaftlichen Anwälte in der That nicht von ſolchem Umfange geweſen, wie gleichwohl aus den darüber vorhandnen Normen nachzuweiſen verſucht worden, ſo würde nunmehr doch jedes Bedenken gehoben ſeyn. Hoheits- und Staats-Gerechtſame — dieſe beiden Bezeichnungen laſſen nichts mehr von landesherrlichen Rechten übrig, was nicht unter dieſer Kategorie begriffen wäre; ſie erinnern ſo recht anſchaulich daran, daß der Staat es eigentlich iſt, von deſſen Rechtsverhältniſſen hier geredet wird, der Landesfürſt alſo gerade als Staatsoberhaupt durch die Staatsanwälte vertreten werden ſoll. Faßt man jene geſetzliche Beſtimmung in dieſem Sinne auf, der ja ſchon aus der gewöhnlichen Wortbedeutung ſich ergiebt, dann bedarf es, um vollſtändige Rechtsſicherheit für Jedermann gegen Jeden in unſerem Vaterlande begründet zu ſehen, nichts weiter, als daß man nur recht feſt halte an dem erhebenden Grundſatze, der, an der Spitze der neuen Organiſation der Gerichte, wie ein belebender

o) B. VII. S. 173. Schon in der Canzleiordnung von 1613 (III. 723.) wird ein Fiscal, als landesherrlicher Anwalt, erwähnt.

p) Ebendaſ. IV. 304.

q) Geſetzſammlung v. 1821. S. 44.

Strahl unſer ganzes Juſtizweſen überglänzt: „Die Gerichte erkennen nach den Geſetzen in den verſchiedenen Inſtanzen allein und ohne Einwirkung irgend einer anderen Behörde“ r). Alſo die Gerichte ſind es, welche im Staate Recht zu ſprechen haben; wer Gerechtigkeit ſucht im ſtreitigen Falle, findet in ihnen die verfaſſungsmäßige Behörde; — die Gerichte erkennen nach den Geſetzen; nur die Geſetze ſind die Quelle des Rechts, wer ein Geſetz für ſich hat, darf Schutz erwarten von den Gerichten bei ſeinem geſetzlichen Rechte; — die Gerichte allein erkennen nach den Geſetzen; wo es auf die Anwendung der Geſetze zur Beſtimmung des ſtreitigen Rechtes, wo es auf ein Erkenntniß ankommt, iſt keine andere Behörde im Staate zur Entſcheidung ermächtigt; ihre Verfügung würde, ſelbſt in der Form einer rechtlichen Entſcheidung, ſelbſt in Uebereinſtimmung mit dem Geſetze, dennoch formell nur als eigenmächtige Handlung, als Sache der Willkühr, betrachtet werden müſſen; — die Gerichte erkennen endlich ohne Einwirkung irgend einer andern Behörde; ſie ſtehen alſo in ihrem Richteramte unabhängig, ſie entſcheiden unbekümmert um das, was etwa von dem Landesherrn oder einer Verwaltungsbehörde in Betreff eines ſtreitigen Rechtsverhältniſſes geäußert oder verfügt worden iſt, ſie ſehen nichts, als das verletzte Recht, um deſſen Wiederherſtellung ſie angegangen werden, ſie erkennen über dieß verletzte Recht nach den Geſetzen, nur ihrer eignen Ueberzeugung folgend.

§. 8.

Regierungs- und Juſtiz-Sachen.

Wenn es nach dem bisher Ausgeführten als bewieſen anzunehmen iſt, daß die Landesgerichte in den teutſchen Staaten überhaupt, und in Kurheſſen insbeſondere, competent ſeyen, über Klagen der Unterthanen gegen die Staatsgewalt, welche an und für ſich zum Wege Rechtens geeignet ſind, zu erkennen; ſo bleibt nun noch die zweite Hauptfrage zu erörtern übrig, nämlich: welche Gattung von Rechtsſtreitigkeiten der Unterthanen mit der Staatsgewalt ihrer objectiven Beſchaffenheit nach den Weg Rechtens zulaſſe? — Und hierbei erſcheint als für und wider entſcheidende Rückſicht lediglich die, daß von eigentlichen

r) Ebendaſ. S. 38.

Juſtizſachen die Rede ſey, als worin die allgemeine und abſolute Bedingung aller Gerechtigkeitspflege, mithin das nothwendige Erforderniß aller Wirkſamkeit der Gerichte, beſteht. Dieſe Grundregel ſelbſt wird auch gewiß von Niemanden in Zweifel gezogen, wohl aber herrſcht eine große Verſchiedenheit der Meinungen über den Begriff einer Juſtizſache, vorzüglich in der Anwendung auf Gegenſtände des öffentlichen Rechts. Wenn von der einen Seite der ganz einfache Satz aufgeſtellt wird, daß die Vorausſetzung einer Rechtsverletzung das einzige Merkmal ſey, wodurch bei einem jeden Gegenſtande ohne Unterſchied, alſo auch bei denen dem öffentlichen Rechte angehörigen, der Begriff einer Juſtizſache begründet werde, und wenn hiergegen von der anderen Seite eingewendet wird, daß ſolchergeſtalt eine jede Regierungsſache, die doch als ſolche durchaus nicht der gerichtlichen Cognition unterworfen ſey, in eine Juſtizſache verwandelt, und am Ende der zu Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung ſo nothwendige Unterſchied beider gänzlich vertilgt werden könne; ſo hat wohl dieſe letztere Anſicht nur eine Verwechslung des Grundes der Incompetenz der Gerichte in Anſehung der eigentlichen Regierungsſachen zur Veranlaſſung, indem dieſer Grund in die Beſchaffenheit des Gegenſtandes an und für ſich geſetzt wird, da er doch nur in der Beziehung enthalten ſeyn kann, unter welcher dieſer Gegenſtand, von welcher Beſchaffenheit er immer ſey, zur gerichtlichen Entſcheidung gebracht wird [s]). Wird eine Sache durch dieſe Beziehung zur Juſtizſache geeignet, ſo kommt es auf den Gegenſtand ſelbſt, und deſſen Beſchaffenheit durchaus nicht an; ein jeder Gegenſtand ohne Unterſchied iſt dann der gerichtlichen Cognition unterworfen; erſcheint hingegen die Sache unter jener Beziehung nicht als Juſtizſache, dann iſt die gerichtliche Cognition ausgeſchloſſen, und kein Gegenſtand, mag er auch noch ſo rein privatrechtlich ſeyn, kann dazu angenommen werden. Juſtizſache aber iſt eine jede, wobei über eine Rechtsverletzung geklagt, und deren Abhülfe von dem Gerichte begehrt wird. „Niemand kann leugnen — ſagt Gönner [t]) — daß es ein reichsgeſetzmäßig anerkannter Grundſatz ſey: Rechtsverletzung allein iſt am Objecte eines Rechtsſtreites eine weſentliche Eigenſchaft, und der Begriff einer Juſtizſache von allen übrigen Verhältniſſen

s) Gönner teutſches Staatsrecht. §. 303. N. VI.

t) im Handbuch d. Proceſſes. Th. II. Abh. 26. §. 17.

des Objects unabhängig. Ob die Rechtsverletzung bei Privatſachen oder bei Ausübung der landesherrlichen Gewalt in Frage ſteht, ob Rechte des Einzelnen oder Rechte des ganzen Staats den Streit ausmachen, ob über Unrecht in Aufſtellung einer allgemeinen Norm oder in der Subſumtion, ob über Verletzung des Rechts in einer Disciplinar-, Staats-, Cameral-, Steuer-, Geſetzgebungs- oder Polizei-Sache, geklagt wird, dieß iſt ganz gleichgültig; man ſieht am Objecte nichts von allen Verhältniſſen des Objects, als die Rechtsverletzung als etwas Abſtractes. Gleichgültig iſt es, aus welcher Quelle die Rechte abgeleitet werden, ob aus einem Staatsgrundgeſetz, ob aus Civil-, Criminal-, oder Polizei-Geſetzen, wenn es nur dem Rechte gilt!“ Und hiermit ſtimmen auch Leiſt [u]) und Klüber [v]) vollkommen überein.

Daher ſind 1) alle jene dem Staate angehörigen Objecte, in Anſehung deren man die Competenz der Landesgerichte für ganz unzweifelhaft zu halten pflegt, indem man ſie, unter der beſonderen Benennung von Regalien, als Beſtandtheile des Staatsvermögens anſieht, und in dieſer Eigenſchaft einer rein rechtlichen Anſicht fähig achtet, namentlich Steuern, Gerichtsbarkeit, Jagd- und Forſtſachen, Cameralſachen ꝛc., dennoch von der gerichtlichen Cognition völlig ausgeſchloſſen, wenn die Regierungshandlung ſelbſt, wodurch in Anſehung dieſer Gegenſtände eine Beſchwerde zugefügt wurde, als widerrechtlich oder verfaſſungswidrig angegriffen, und deren Abänderung oder Aufhebung von den Gerichten begehrt wird; in ſolchem Falle können dieſe nicht einwirken; vielmehr findet hier vollkommen Anwendung, was oben bereits als Merkmal der Ausſchließung des Weges Rechtens gegen die Staatsgewalt überhaupt angegeben wurde, daß nämlich gegen den Landesherrn über wahre Regentenhandlungen keine Klage bei den Landesgerichten zuläſſig ſey, und daß, den Herrſcher wegen verletzter Rechte aus der Staatsverfaſſung den Gerichten zu unterwerfen, dem Begriffe der Staatsgewalt widerſprechen würde. — Dahingegen ſind 2) auch diejenigen Gegenſtände, in Anſehung deren eine Exemtion von der Competenz der Landesgerichte gewöhnlich behauptet wird, weil ſie als unmittelbarer Ausfluß der Landeshoheit kei-

u) Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 101.

v) öffentliches Recht d. teutſch. Bundes. §. 295.

ner ſtreng juriſtiſchen Beurtheilung unterliegen, namentlich alle Verfügungen der höchſten Staatsgewalt, wodurch neue Einrichtungen fürs allgemeine Beſte getroffen werden, der gerichtlichen Cognition dennoch unterworfen, wenn deßhalb, unbeſchadet ihrer Gültigkeit und fortdauernden Wirkſamkeit, nur allein wegen der dadurch etwa zugefügten Privatrechtsverletzung Klage erhoben wird. Indem hier die Regierungshandlung, in der beſondern Beziehung auf das verletzte Recht des Einzelnen, zugleich die Eigenſchaft einer Juſtizſache annimmt [w]), fällt ſie, jedoch lediglich in dieſer Hinſicht, der Beurtheilung und dem Erkenntniſſe der Gerichte anheim, deren weſentliche und ausſchließende Function die Entſcheidung von Juſtizſachen iſt, und deren Wirkungskreis ſich eben darin gegen den der Staatsverwaltungs-Behörden abgrenzt, daß, ſo wie die Maxime der Handlungsweiſe dieſer letzteren nur die Rückſicht auf Zweckmäßigkeit iſt, die Gerichte dagegen Recht und Gerechtigkeit allenthalben aufrecht zu erhalten berufen ſind.

Solchergeſtalt iſt es ganz richtig, daß aus einer jeden Regierungsſache eine Juſtizſache werden könne, und dieſe Folgerung iſt ſogar nothwendig zur Handhabung eines geſicherten Rechtszuſtandes unter den Staatsbürgern [x]), ohne daß dadurch die Beſorgniß, es werde auf dieſe Weiſe der zu Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung nothwendige Unterſchied zwiſchen beiden gänzlich verſchwinden, gerechtfertigt würde, indem eine Handlung oder Verfügung des Landesherrn oder der landesherrlichen Behörden in der Rückſicht, welche dieſelbe zur Regierungsſache macht, nämlich als einzelner Act der oberſten Staatsgewalt, gänzlich ungeſtört fortwirkt, dieſes jedoch nicht hindert, daß eine durch die Regierungs-Handlung oder Verfügung einem einzelnen Staatsbürger zugefügte Verletzung ſeiner Privatrechte, wodurch dieſelbe zugleich und reſpectiv die Eigenſchaft einer Juſtizſache annimmt, zum wenigſten nachfolgend im Wege Rechtens vollſtändig reparirt werde [y]); wie nachher noch ſpecieller ausgeführt werden wird.

Das

w) Gönner a. a. O. N. VIII.

x) weßhalb auch Klein in den Annalen, B. II. S. 15, die Frage: iſt es gut, daß die Juſtiz ſich in Alles miſche? unbedenklich bejahet.

y) Man vergl. auch Engelbrecht observat. select. forenses. Sp. 1. obs. 5. Cramer wetzlar. Nebenſtunden. Th. I. N. 4. *Ejusd.* observationes. T. I. obs. 298. Archiv f. d. civil. Praxis. B. IV. S. 324. Puchta Beiträge zur Geſetzgebung. B. I. N. VII. §. 12.

Das Weſentlichſte dieſer Grundſätze iſt von dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel dem Landesfürſten ſelbſt in einem Gutachten vom 19. Decemb. 1818 vorgetragen und durch eine landesherrliche Reſolution vom 12. Jan. 1819 „vollkommen genehmigt“ worden; auch finden ſich dieſelben in einem ſpäteren Erkenntniſſe, welches dem nächſtfolgenden Aufſatze vollſtändig beigefügt werden wird, ganz eben ſo in Kurzem entwickelt. Mehrere einzelne Anwendungsfälle werden unten mitgetheilt werden.

Wenn es aber in einem concreten Falle zweifelhaft iſt, ob eine Streitigkeit zwiſchen Unterthan und Staatsbehörde als Juſtiz- oder Regierungs-Sache zu betrachten und zum Wege Rechtens geeignet oder nicht ſey, ſo haben hierüber lediglich die Gerichte, und nicht die Staatsverwaltungs-Behörden, zu erkennen [z]).

§. 9.

Anwendung auf Entſchädigungsklagen.

Alſo eine wahre Juſtizſache muß es ſeyn, wenn ein zwiſchen Unterthan und Landesherrn ſtreitiger Fall vor die Landesgerichte zur Entſcheidung ſoll gebracht werden können! Unter welchen Vorausſetzungen iſt nun aber insbeſondere eine Entſchädigungsklage gegen die Staatsgewalt als Juſtizſache zu betrachten, und in dieſer Eigenſchaft für die Competenz der Gerichte geeignet? — Die allgemeine Regel, welche Leiſt *) hierüber, zunächſt in Beziehung auf die reichsgerichtliche Competenz, mittheilt: wenn von der Landeshoheit den Unterthanen ohne rechtmäßige Urſache wohlerworbene Rechte entzogen oder verletzt werden, oder wenigſtens, daß dieſes der Fall ſey, von den Unterthanen behauptet, oder wenn dieſen die gebührende Entſchädigung verweigert wird, ſo iſt der Gegenſtand zu einer Juſtizſache völlig geeignet, — dieſe allgemeine Regel iſt nicht unbedingt anwendbar auf die Landesgerichte, weil inſonderheit der erſte Theil derſelben ſich weſentlich auf das ehemalige Subordinationsverhältniß der teutſchen Fürſten unter Kaiſer und Reich, vermöge deſſen auch ihre Regierungshandlungen

z) Struben Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen. §. 14. Neurath de cognit. et potest. judiciaria in causis politiae. §. 25.

*) Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 102.

ſelbſt von Seiten ihrer ſtaatsrechtlichen Zuläſſigkeit (ihrer rechtmäßigen Urſache) Gegenſtand der reichsgerichtlichen Cognition werden konnten (§. 4.), gründet; bei dem zweiten Theile derſelben aber, welcher den Fall der Verweigerung einer Entſchädigung für die entzogenen oder verletzten Privatrechte betrifft, ſchlägt jenes beſondre Verhältniß der Reichsgerichte, als Theilhaber an den Functionen der Reichshoheit, durchaus nicht ein, und für dieſen Fall kommt daher das Urtheil des erwähnten Schriftſtellers auch heutzutage in Anſehung der Landesgerichte zur Anwendung. Kann man nun aber hiernach die Subſumtion der Entſchädigungsklagen der Unterthanen gegen die Staatsgewalt unter den Begriff von Juſtizſachen im Allgemeinen für unbedenklich halten, ſo erfordert doch die Beurtheilung der einzelnen hieher gehörigen Fälle nothwendig eine genaue Erwägung derjenigen beſonderen Rückſicht, worauf ſchon in der Einleitung zu dem gegenwärtigen Aufſatze aufmerkſam gemacht wurde, des Conflicts nämlich, in welchem die unbedingte Zulaſſung des Rechtsweges gegen die Staatsgewalt mit dem ſtaatsrechtlichen Princip der nothwendigen Unterordnung aller Privatrechte unter die zur Erreichung des Staatszweckes erforderlichen Mittel ſich befindet. Dieſer Punct iſt daher noch einer ſpecielleren Unterſuchung und Auseinanderſetzung zu unterwerfen.

Das allgemeine Princip für Entſchädigungsklagen wider die Staatsgewalt überhaupt iſt die in dem Weſen des Staatsvereines begründete Regel, daß keinem einzelnen Staatsbürger eine größere Aufopferung ſeiner Privatrechte zugemuthet werden könne, als verhältnißmäßig allen übrigen, die mit ihm in gleicher Lage ſich befinden. Dieſe Regel deducirt ſich leicht aus dem Weſen des Staates, und der hiernach zu beſtimmenden Verpflichtung der Staatsbürger zur Theilnahme an den für den Staatszweck erforderlichen Mitteln. Das Weſen des Staates beſteht in der Herrſchaft des Rechts; denn als letzten Zweck eines jeden Staatsvereins kann man nach den Grundſätzen der Rechtsphiloſophie nichts anders annehmen, als Sicherung der individuellen Selbſtſtändigkeit und der Rechte jedes Einzelnen. Im freien Naturzuſtande kann dieſer Zweck nicht erreicht werden, weil da der Schwächere dem Stärkeren mit ſeinem Rechte weichen muß, und alſo dieſer nicht bloß, was ſein Recht ihm erlaubt, ſondern was ſein Wille fordert, durch Gewalt erzwingen kann. Um dieſes Mißverhältniß zwiſchen den Kräften der Einzelnen und ihren Rechten aufzuheben, vereint ſich die Kraft Aller zum Schutze der Rechte jedes

Einzelnen. So wird dieſe Kraftvereinigung zur weſentlichen Bedingung eines allgemeinen geſicherten Rechtszuſtandes. Aber dieſe vereinte Kraft Aller kann auf eine zweckmäßige Weiſe nicht thätig werden, ſo lange ſie nur als Kraft aller Einzelnen erſcheint; ſie muß erſt Geſammtkraft des Ganzen werden. Schon der Begriff einer thätigen Geſammtkraft des Ganzen weiſ't aber nothwendig auf einen Centralpunct hin, von welchem die Lenkung dieſer Thätigkeit zu dem gemeinſchaftlichen Zwecke ausgeht, und hieraus bildet ſich, in der Anwenduug auf die Geſammtkraft des Staates, die Idee der Staatsgewalt. — Stimmt auch hiermit nicht immer die hiſtoriſche Entſtehung der Staaten überein, ſo kann doch der rechtliche Urſprung jeder Staatsgewalt in nichts Anderem geſucht werden [a]), und alle ihre Wirkſamkeit, wie der Umfang ihrer Rechte, kann daher juriſtiſch nur gedacht werden in der ſteten Richtung auf jenen urſprünglichen Zweck — Begründung und Erhaltung eines geſicherten Rechtszuſtandes aller einzelnen Staatsgenoſſen. Es iſt dieſes auch nicht bloß Reſultat einer unfruchtbaren Theorie, es gehört zu den ewigen Wahrheiten des Rechts, die in eines jeden Menſchen Bruſt unauslöſchbar eingeſchrieben ſind, und wozu daher ſelbſt einer der mächtigſten und unabhängigſten Monarchen, welche je exiſtirt haben, Friedrich der Große, mit wahrhaft königlichem Hochſinne ſich öffentlich bekannte [b]).

Aus jenen allgemeinen Vorausſetzungen folgt nun aber weiter, daß, da der Staatsgewalt die Sorge für das Ganze obliegt, und dieſelbe mit allen Mitteln verſehen ſeyn muß, welche ſie in den Stand ſetzen, den allgemeinen Rechtszuſtand aufrecht zu erhalten, jeder Einzelne von ſeinen Privatrechten ſo viel aufopfern müſſe, als die Mittel zur Erreichung des Staatszweckes im Ganzen nothwendig erfordern; hieraus ergiebt ſich demnach eine unbedingte Unterordnung des Intereſſes einzelner Staatsbürger unter das Intereſſe des ganzen Staates, und daher auch unter die Verfügungen der Staatsgewalt, welche, dieß allgemeine Intereſſe zu wahren und zu ſchützen, berufen iſt. Immer alſo, wo die

a) **Klüber öffentl. Recht d. teutſch. Bundes. §. 176.**

b) **Considérations sur le corps politique de l'Europe:** *Oeuvres posth. de Frédéric II.* **T. VI. p. 48—50. Essai sur les formes du gouvernement et sur les devoirs des souverains.** *Ibid.* **p. 63 sqq.**

Staatsgewalt für die allgemeine Wohlfahrt thätig wird, müſſen die Privatrechte der Einzelnen nachſtehn; jene kann durch dieſe in ihrer Wirkſamkeit nicht gehemmt noch unterbrochen werden; und dieß muß in der Anwendung auf alle und jede Handlungen der Staatsgewalt, als ſolcher, gelten, da in ihr, als Repräſentant der Geſammtheit aller Staatsbürger, der Inbegriff aller Einſicht und der beſte Wille, wenigſtens präſumtiv und dergeſtalt, vorauszuſetzen iſt, daß keinem einzelnen Staatsbürger ein Urtheil hierüber zugeſtanden werden kann. Sollte indeſſen zu Erreichung des Zweckes der allgemeinen Wohlfahrt [c]) Einzelnen eine größere Aufopferung ihrer Privatrechte abgenöthigt werden, als bei verhältnißmäßiger Theilnahme ſämmtlicher Staatsbürger auf ſie fallen würde, dann wäre dieſes offenbar gegen den letzten Zweck des Staates, einem jeden Einzelnen gleichen Schutz in ſeinem Privatrechtszuſtande zu gewähren, zu welchem endlichen Zwecke ſich der auf das Allgemeine gerichtete doch wieder nur als Mittel verhält. Daher muß, wenn der Staat ein ſolches den Einzelnen unverhältnißmäßig belaſtendes Opfer zu fordern ſich bewogen findet, der Realiſirung dieſer Aufforderung eine Ausgleichung mit den übrigen Staatsbürgern, welche gar nicht oder nicht in gleichem Maaße zum Beitrage gezogen ſind, nachfolgen, mithin dem unverhältnißmäßig Belaſteten, welcher die Leiſtung ſelbſt, um nicht die Staatsgewalt in ihrer Wirkſamkeit zu hemmen, ſchlechterdings nicht verweigern kann, ein Entſchädigungsanſpruch an die Staatsgewalt, welche die Geſammtheit der Staatsgenoſſen vertritt, zugeſtanden werden. Nur wenn dieſes geſchieht, alſo völlige Gleichheit der Staatsbürger in dem nothwendigen Beitrage zu den allgemeinen Staatslaſten hergeſtellt wird, kann man ſagen, daß die Herrſchaft des Rechtes zum Schutze aller Einzelnen im Staate walte.

Dieſe allgemeinen Grundſätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel gar oft ſchon zur Anwendung; namentlich in einem durch Decret vom 30. Jan. 1822 entſchiedenen Falle [d]), wo ausdrücklich ausgeſprochen wurde: daß, wenn gleich vermöge

c) eigentlich nur: der allgemeinen Rechtsſicherheit; da inzwiſchen, um dieſe zu erreichen, das Zuſammenleben im Staate ausführbar gemacht, mithin die Sorge der Staatsgewalt auch auf die hierzu erforderlichen Einrichtungen ausgedehnt werden muß, ſo kann man als Gegenſtand der die Rechtsſicherheit der Einzelnen bedingenden Wirkſamkeit der Staatsgewalt überhaupt die allgemeine Wohlfahrt bezeichnen.

d) in der Sache: Procurator Fisci g. Landre.

der Machtvollkommenheit des Regenten einzelne Unterthanen genöthigt werden könnten, erworbene Rechte, wenn es die Staatswohlfahrt erfordere, aufzugeben, dieſes jedoch nach ſtaatsrechtlichen Grundſätzen nur gegen vollſtändige von der Geſammtheit des Staates zu leiſtende Entſchädigung geſchehen müſſe, indem an den Opfern, welche dem gemeinen Beſten zu bringen ſeyen, ſämmtliche Unterthanen verhältnißmäßig gleichen Antheil zu nehmen hätten.

§. 10.

Eigentlicher Streitpunct.

So unerſchütterlich begründet hiernach durch die aus der rechtlichen Exiſtenz des Staates unmittelbar geſchöpften Grundſätze des allgemeinen Staatsrechts, und für Kurheſſen insbeſondere durch eine dieſelben beſtätigende Praxis des höchſten Landesgerichts, das regulative Princip feſtſteht, daß in jedem Falle, wo ein Staatsbürger durch Ausübung der Staatsgewalt in ſeinen wohlerworbenen Privatrechten verletzt, und dadurch zu einem verhältnißmäßig größeren Opfer, als ſeine Mitbürger, genöthigt worden iſt, vollſtändige Entſchädigung des Verletzten von Seiten des Staates ſtatt finden müſſe; ſo verwerflich würde eine Ausdehnung dieſes Grundſatzes bis zu dem Grade ſeyn, daß dadurch indirect die freie Handlungsweiſe der Staatsgewalt zur allgemeinen Wohlfahrt gehemmt, und dem Unterthan das Mittel dargeboten werde, ſich von jeder ihm durch neue Geſetze aufgelegten Laſt oder Einſchränkung mittelſt des dafür in Anſpruch genommenen Aequivalents im Erfolge wahrhaft frei zu machen. Eine ſolche Ausdehnung, die allerdings dahin führen würde, den als Gegengrund ſolcher Entſchädigungsklagen als möglich hingeſtellten Fall, daß die mannichfachen Klagen dieſer Art die geſammten Landeseinkünfte verſchlängen, in Wirklichkeit treten zu laſſen, kann ſchon um deswillen nicht für rechtlich geachtet werden, weil der Staatszweck nicht ohne Unterordnung des Rechts der Einzelnen unter die Erforderniſſe des Gemeinwohls erreicht werden kann, unter jener Vorausſetzung aber das Recht des Einzelnen, nur in veränderter Form, ſich gegen die Erforderniſſe des Gemeinwohls, welche nur das Staatsoberhaupt zu beurtheilen hat, aufrecht erhalten würde. Beiſpiele werden dieſes erläutern. Wenn bei Einführung einer neuen Steuerauflage alle diejenigen, welche ſich bisher im Beſitze der Freiheit von dieſer Steuer befanden, dafür

entſchädigt ſeyn wollten, ſo würde deren ganzer Antheil an der Steuer auf dieſe Entſchädigung wieder verwendet werden müſſen, mithin die vom Staate nöthig gefundene Maaßregel zu Vermehrung der Staatseinkünfte ganz ohne Erfolg bleiben [e]); oder wenn, bei Anordnung einer allgemeinen Fruchtſperre, alle Diejenigen, welche Früchte ins Ausland verkauft haben würden, Erſatz des ihnen dadurch entzogenen Gewinns verlangten, ſo würde ebenwohl der Zweck des Staates, die größere Maſſe ſeiner Bürger vor dem Nachtheile übermäßig hoher Fruchtpreiſe zu bewahren, unerreicht bleiben, indem der Staat denſelben ganz den nämlichen Nachtheil in dem Beitrage zu jener Schadloshaltung wieder auflegen müßte. Die Unſtatthaftigkeit einer ſolchen Verfahrungsweiſe leuchtet ein, und würde in einigen anderen Beiſpielen, z. B. in der Anwendung auf ein neues Conſcriptionsgeſetz, noch auffallender hervortreten. — Allein dazu berechtigt auch der obige Grnndſatz nicht einmal nach ſeiner wörtlichen Faſſung. Er iſt weſentlich bedingt durch das Daſeyn einer wirklichen Verletzung von Privatrechten, ohne welche kein ſolcher Fall ſich zur Juſtizſache, wovon nach dem Obigen hier allein die Rede ſeyn kann, eignet. Bloßer Verluſt, welcher aus neuen Anordnungen entſteht, begründet noch keinesweges die Eigenſchaft einer Juſtizſache; denn oft iſt Verluſt für einen Anderen Folge durchaus rechtmäßiger Handlungen, und Niemand wird behaupten, daß Verluſt und Rechtsverletzung gleichgeltende Begriffe ſeyen [f]). Es bedarf alſo hier erſt noch einer genauen Prüfung der Frage: was man unter wohlerworbenen Privatrechten zu verſtehen habe, und wann geſagt werden könne, daß eine landesherrliche Anordnung eine Verletzung ſolcher Rechte enthalte?

Bei dem erſten Theile dieſer Frage iſt wohl der von Pütter [g]) aufgeſtellte, und in ſeiner trefflichen Abhandlung über die Beſtimmung der Landeshoheit, einem Jeden ſein wohlerworbenes eigenthümliches Recht zu laſſen [h]), weiter

e) Heyl Votum, die Befreiungen v. d. Grundſteuer betr. Hannov. 1817. S. 7.

f) Gönner's Vorrede zu Bohonovsky vom Rechte des Regenten, Geſetze über bürgerl. Rechtsverhältniſſe abzuändern. Landsh. 1803. S. X.

g) in instit. jur. publ. §. 119.

h) in deſſen Beiträgen zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte. B. I. S. 351.

ausgeführte Begriff als vollkommen richtig anzunehmen. Jemandes wohl erworbenes Recht (jus quaesitum) heißt dieſemnach dasjenige Recht, welches nicht auf der natürlichen Freiheit beruht, ſondern durch einen beſondern Rechtsgrund erworben wurde [i]). Allein der Ausdruck: natürliche Freiheit, iſt ein in dieſer Beziehung gar zu unbeſtimmter. Unter natürlicher Freiheit kann man nämlich den uneingeſchränkten Genuß derjenigen Rechte verſtehen, welche dem Menſchen von Natur zukommen, ohne dabei an ein Verhältniß zum Staate, an die Sicherung, welche dieſer ſolchen Rechten gewährt, oder an poſitive Geſetze, mittelſt deren der Staat neue Rechte verleihet, zu denken. In dieſem Sinne kann man von jenem Ausdrucke hier, wo lediglich von ſtaatsrechtlichen Grundſätzen die Rede iſt, überall keinen Gebrauch machen. Dann pflegt man aber unter natürlicher Freiheit im Staate auch wohl den ungeſtörten Genuß aller derjenigen Rechte zu verſtehen, welche Jemanden als Staatsbürger, und vermöge der in dem Staate geltenden Geſetze, zukommen. Nur von dieſer natürlichen Freiheit reden die angeführten Schriftſteller, wie aus dem Gegenſtande ihres Vortrages im Allgemeinen, aus dem Zuſammenhange, worin der betreffende Satz vorkommt, und inſonderheit aus der Gegenüberſtellung der aus einem beſonderen Rechtsgrunde, alſo nicht bloß durch die Staatsbürgerqualität und unmittelbar aus den Geſetzen, erworbenen Rechte, klar hervorgeht. Rechte dieſer letzteren Art ſind unter die wohlerworbenen in dem hier vorkommenden Sinne, oder, wie man ſie auch nennen kann, unabänderlichen, nicht zu rechnen; denn da dieſe Rechte einem jeden Staatsbürger bloß vermöge ſeiner Theilnahme an allem Dem, was die beſtehende Verfaſſung und die Geſetze mit ſich bringen, zuſtehen, und, ohne weiteren Erwerbstitel, unmittelbar in den Geſetzen begründet ſind, ſo können ſie auch ihrer Natur nach nur ſo lange zuſtehen, als die Verfaſſung und die Geſetze unverändert fortdauern; ſo wie aber das Geſetz, welches dieſelben verlieh, abgeändert oder aufgehoben wird, ſo fallen ſie, zugleich mit dieſem einzigen Grunde ihrer Zuſtändigkeit, auch von ſelbſt hinweg; ein rechtlicher Anſpruch des Staatsbürgers auf Beibehaltung der Geſetze, welche die Quelle ſeiner Rechte waren, iſt nicht gedenkbar, da es in dem Begriff und weſentlichen Zwecke der Geſetzgebung liegt, daß dieſelbe nach dem Bedürfniſſe des Staates eingerichtet und

i) Häberlin Handb. d. teutſch. Staatsrechts. Th. I. S. 385.

nach Zeit und Umſtänden abgeändert werde; es ſind daher ſolche Rechte keine eigentlichen jura quaesita, da ihre Zuſtändigkeit ſchon bei dem Erwerbe durch die Fortdauer des jederzeit veränderlichen Geſetzes bedingt wurde, dieſelben alſo, ſo lange ſie zuſtanden, nur vorbehaltlich eintretender Abänderungen des Geſetzes competirten; wie dieſes Alles in der oben angeführten Abhandlung von Bohonowsky (unter Gönner's Einwirkung) mit vorzüglicher Präciſion und Klarheit entwickelt worden iſt.[k] Nur allein der Grundſatz, daß neue Geſetze nicht auf das Vergangene zurückwirken, kann hier von dem Staatsbürger zur Sicherung der unter dem alten Geſetze in deſſen Gemäßheit einmal begründeten Rechtsverhältniſſe geltend gemacht werden. Dieſe ſpecielle Modification abgerechnet, iſt es alſo Princip: wohlerworbene Rechte, wegen deren Verletzung von Seiten der Staatsgewalt dem Staatsbürger ein Entſchädigungsanſpruch zuſteht, ſind nur diejenigen, welche vermittelſt eines beſonderen Rechtsgrundes erworben wurden. Sehr bemerkenswerth iſt in dieſer Hinſicht — und zugleich auch wegen des obigen Competenzpunctes — eine Stelle in der würtembergiſchen Verfaſſungsurkunde von 1819, §. 95: „Keinem Bürger, der ſich durch einen Act der Staatsgewalt in ſeinem auf einem beſondern Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verſchloſſen werden!“

§. 11.

Fortſetzung.

Das zweite Erforderniß eines Entſchädigungsanſpruchs an den Staat, die Vorausſetzung nämlich, daß die landesherrliche Anordnung eine wirkliche Verletzung wohlerworbener Rechte enthalte, bedarf nun noch einer näheren Erläuterung. Nicht eine jede Regierungshandlung, wodurch einem Staatsbürger wohlerworbene Rechte entzogen werden, kann mit dem Namen einer eigentlichen Verletzung dieſer Rechte bezeichnet werden. Eine Rechtsverletzung von Seiten des Staats iſt vielmehr nur dann vorhanden, wenn derſelbe in ſolche Privatrechte eingreift, deren Zuſtändigkeit an und für ſich vom Staate anerkannt

k) S. auch v. Rieffel Reichshofrath in Juſtizſachen. Th. I. N. 51.

erkannt iſt, die alſo nicht zu den im Staate reprobirten Rechten gehören. Hätte z. B. ein Staatsbürger in einem fremden Welttheile einen Sclaven auf die gültigſte Weiſe erkauft, und wollte das hierdurch erworbene Eigenthum auch in einem teutſchen Staate ausüben, ſo würde ihm ſolches nicht verſtattet werden, weil der Staat dingliche Rechte an Perſonen nicht anerkennt, jenem würde mithin ſein wohlerworbenes Recht wirklich entzogen, ohne daß jedoch hierin von Seiten des Staats eine Rechtsverletzung läge. Daſſelbe würde der Fall ſeyn, wenn der Staat die bisher geduldeten Eigenthumsrechte an Perſonen, als mit dem Begriff eines vernunftmäßig geordneten Staates unvereinbar, aufhöbe, wovon als wirkliches Beiſpiel aus neueren Zeiten die Aufhebung der Leibeigenſchaft dienen kann. In die nämliche Categorie gehört auch die Aufhebung der Patrimonialjurisdiction, der Conſcriptionsbefreiung, der Steuerexemtion ꝛc.; auch ſind dahin die meiſten landespolizeilichen Verfügungen, wodurch die Ausübung wohlerworbener Privatrechte unterſagt oder beſchränkt wird, namentlich Huteordnungen, Forſtordnungen, Fruchtſperre ꝛc., zu rechnen. Eine wahre Verletzung von Privatrechten iſt hingegen alsdann — aber auch nur dann — vorhanden, wenn der Staat ſolche Rechte, deren Zuſtändigkeit er an und für ſich anerkennt und billigt, und deren Ausübung im Allgemeinen fortwährend ſeines Schutzes genießt, um eines höheren, durch Staatswohlfahrt motivirten, Zweckes willen, hintanſetzt, ſo daß die Aufopferung derſelben nur als untergeordnetes Mittel zu dem höheren Zwecke erſcheint. Dahin gehört ganz unzweifelhaft, und gewöhnlich ſogar vermöge ausdrücklicher geſetzlichen Beſtimmung [1]), der Fall, wo zum Zweck neuer Straßen- und Brücken-Anlagen die Nothwendigkeit der Abtretung eigenthümlicher Grundſtücke der Privatperſonen eintritt; ein Fall, an dem ſich zugleich die Anwendung der obigen Diſtinction am Anſchaulichſten zeigen läßt. Verfügt nämlich der Staat zur Beförderung des Landſtraßenbaues die Aufhebung aller bisherigen, auch mit dem beſten Rechtstitel erworbenen, Exemtionen von Wegebaudienſten, ſo reprobirt er das Recht ſelbſt, welches dadurch aufgeopfert wird, er erklärt deſſen Zuſtändigkeit für unverträglich mit der Staatswohlfahrt, eine eigentliche Rechtsverletzung kann man dieſes alſo nicht nennen; dahingegen, wenn er zum Zweck des Straßen-

1) in Kurheſſen zufolge der Straßenbauordnung v. 24. Decbr. 1819. §. 7. (Geſetzſamml. v. 1819. S. 98.)

baues die Abtretung eigenthümlicher Grundſtücke einzelner Staatsbürger begehrt, ſo wird hierdurch ein vom Staate ſonſt anerkanntes Recht um eines anderen Zweckes willen hintangeſetzt, dieſe Hintanſetzung iſt nicht Selbſtzweck der Regierungshandlung, ſondern nur Mittel zum Zwecke, es entſteht alſo hierdurch eine wahre Rechtsverletzung, für welche dem Verletzten volle Entſchädigung gebührt.

Zweifelhafter, als in dieſem völlig klaren Falle, erſcheint die Sache allerdings, wenn die Entziehung gewiſſer durch einen beſonderen Rechtstitel erworbener Eigenthumsnutzungen zwar nicht den unmittelbaren Zweck der geſetzlichen Verfügung ausmacht, wohl aber mit dem direct reprobirten Rechte als einzelner Ausfluß deſſelben zuſtand und bisher percipirt wurde. Hier könnte man nämlich glauben, daß, wenn gleich die Zuſtändigkeit des Rechtes ſelbſt wegen der mit ſeiner fortdauernden Wirkſamkeit und Ausübung verbundenen Nachtheile für das allgemeine Wohl durch ein Geſetz aufgehoben ſey, dennoch die bloß zufällige pecuniäre Nutzung, deren fernere Perception nicht von gleich nachtheiligem Einfluſſe ſey, Denjenigen, welche ſich bisher im Genuſſe derſelben befanden, nicht ohne Entſchädigung von Seiten des Staates entzogen werden könne. Gleichwohl dürfte auch dieſer Fall ſich in der Regel nicht zur Entſchädigungsklage eignen. Man wird nämlich hierbei unterſcheiden müſſen, ob durch die Fortdauer der mit der Ausübung des reprobirten Rechtes ſelbſt verbundenen pecuniären Nutzung der geſetzliche Zweck der Aufhebung dieſes Rechtes eine Beſchränkung erleiden, das neue Geſetz alſo nicht in dem vollen Umfange, wie es erlaſſen worden und wie die Abſicht des Geſetzgebers vorauszuſetzen iſt, zur Ausführung kommen würde, oder ob jene Nutzung, der Aufhebung des Rechtes ungeachtet und ohne alle Einwirkung auf dieſe, noch fortdauern kann; in dieſem letzteren Falle iſt kein Grund vorhanden, die von der Zuſtändigkeit des reprobirten Rechtes unabhängige Nutzung dem Berechtigten nicht auch ferner zu laſſen; im erſteren Falle hingegen, welcher, als der bei weitem gewöhnlichſte, als die Regel zu betrachten iſt, wird die den geſetzlichen Zweck beſchränkende Nutzung als mit aufgehoben zu betrachten, und dieſe Aufhebung auch nicht zu einem Entſchädigungsanſpruche geeignet zu halten ſeyn. Ein bundesgeſetzliches Beiſpiel für die Anwendung dieſer Regel giebt der Beſchluß der Bundesverſammlung vom 23. Jun. 1817 m), wodurch zu Realiſirung des 18. Arti-

m) Protocolle d. Bundesverſamml. B. III. S. 263. Kurheſſ. Geſetzſamml. v. 1817. S. 71.

kels der Bundesacte [n]), nach welcher ſämmtlichen Unterthanen der teutſchen Bundesſtaaten das Recht des freien Wegziehens aus einem derſelben in den anderen und der Freiheit von aller Nachſteuer zugeſichert iſt, weiter verordnet wurde, daß die ohne Unterſchied, ob die Erhebung dieſer Abgabe bisher dem landesherrlichen Fiscus, den Standesherrn, oder anderen Privat-Berechtigten zugeſtanden habe, ausgeſprochne Aufhebung derſelben keinen Grund zu einer Entſchädigungsforderung an den Landesherrn für die den Berechtigten entgehende Einnahme abgeben könne.

§. 12.

Practiſche Fälle.

Mehrere einzelne Fälle, in denen bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel die der bisherigen Ausführung durchgehends entſprechenden Grundſätze zur wirklichen Anwendung gebracht worden, ſind theils bisher ſchon an beſonders ſchicklichen Stellen erwähnt worden, theils hier noch als ergänzende Belege jener Praxis mitzutheilen.

Vorerſt gehört hieher ein Erkenntniß allgemeineren Inhalts, welches vorzüglich in Anſehung des im 5ten §. näher bezeichneten Geſichtspunctes der aus der Zuläſſigkeit einer Beſchwerde wegen Juſtizverweigerung zu folgernden Verpflichtung der Landesgerichte, und inſonderheit der Oberappellationsgerichte, zur unbedingten Eröffnung des Weges Rechtens von großem Intereſſe iſt, und um ſo mehr beachtet zu werden verdient, weil daſſelbe noch in die Zeit fällt, wo die Reichsgerichte in voller Wirkſamkeit exiſtirten.

Ueber eine Rechtsſtreitigkeit zwiſchen zwei Gemeinden wegen einer kirchlichen Angelegenheit war ein landesherrliches Reſcript in der Form einer authentiſchen Interpretation an das Conſiſtorium erlaſſen, und von dieſem (der damals competenten richterlichen Behörde in dergleichen Sachen) ſeiner Entſcheidung, ohne den förmlichen Weg Rechtens zu eröffnen, zum Grunde gelegt worden. Als ſich hiergegen die dadurch benachtheiligte Gemeinde an das Oberappellationsgericht wandte,

n) Protoc. d. Bundesverſ. B. I. S. 41.

hielt daſſelbe die Sache nicht ſowohl zu einer interpretatio, als applicatio legis, mithin, als causa justitiae et judiciorum, nur für dieſe letzteren, wie jede andere das Intereſſe singulorum betreffende Rechtsſache, zur Cognition und Schlichtung geeignet; und, indem es der beſchwerten Parthei den Weg Rechtens dagegen eröffnete o), ſprach es ſich zugleich über ſeine Competenz dahin aus, daß, wenn gleich die Regierungs= und andere höhere Landes=Juſtizcollegien bei allen ſolchen, ſelbſt in Partheiſachen an ſie ergehenden, das Recht ſprechenden höchſten Reſcripten und Reſolutionen, da für ſie, nach ihrem einnehmenden Standorte, dieſelben unbedingtes Geſetz und Norm ſeyen, gebundene Hände haben möchten p), die anrufende Parthei im Wege Rechtens dawider zu hören, hingegen in Anſehung des Oberappellationsgerichts der status rerum ſich unleugbar anders verhalte, und jede relative Beziehung, ſobald von einer an ſolches gebracht werdenden ordnungsmäßig davor erwachſenen causa justitiae die Frage ſey, in Abſicht ſeiner, als hierin am Platz der Reichsgerichte ſtehend, aufhöre, daſſelbe mithin nicht zugeben dürfe, daß die Parthei, geſchehe es auch auf welchem Wege es wolle, wider Recht beſchwert werde, vielmehr ſeines Amtes ſey, mit aller Sorgfalt einer jeden Querel super denegata justitia abzuhelfen, damit dergleichen Sachen nicht an die Reichsgerichte gebracht würden.

Sodann werden zur practiſchen Erläuterung der obigen Unterſcheidung des zwiefachen Geſichtspunctes, unter welchem eine Staatsverwaltungs=Handlung als Regierungsſache vom Wege Rechtens ausgenommen und als Juſtizſache demſelben unterworfen ſey, ganz vorzüglich mehrere die Beſteurung betreffende Rechtsfälle dienen können, deren Intereſſe durch eine vorauszuſchickende allgemeinere Grundlage nur noch gewinnen kann. — Daß bei den ehemaligen Reichsge=

o) mittelſt Decrets vom 28. Aug. 1805, in S. Gmde Alna g. Gmde Oberweimar.

p) Dieß erklärt ſich aus der damaligen Verfaſſung, wo noch nicht die mit der neuen Organiſation vom Jahre 1821 eingeführte Trennung der Staatsverwaltung von der Gerechtigkeitspflege beſtand, daher bei den hier genannten Landes=Juſtizcollegien, welche mit dieſer Function auch die der oberen Regierungsbehörden in ſich vereinigten, die Abhängigkeit derſelben, als Organe der Staatsgewalt, der Selbſtſtändigkeit des Richteramts keinen recht freien Aufſchwung geſtattete.

richten, vermöge der ihnen zuſtändigen Theilnahme an der Reichsjuſtizgewalt (§. 4.), auch in dem Falle eine Klage gegen Landesfürſten angebracht werden konnte, wenn von dieſen durch die Ausübung ihres Geſetzgebungsrechtes in Steuerſachen den Unterthanen eine Bedrückung zugefügt, und dadurch der Rechtszuſtand im Inneren eines teutſchen Staates verletzt wurde, leidet nach den kaiſerlichen Wahlcapitulationen keinen Zweifel [q]). Zu dieſem Zwecke ſteht jedoch gegenwärtig den Unterthanen der Rechtsweg bei den Landesgerichten nicht mehr zu; unmittelbar gegen geſetzliche Anordnungen in Steuerſachen kann alſo nicht geklagt, deren Aufhebung oder Abänderung nicht von den Gerichten erkannt werden; wohl aber eignet ſich eine Beſchwerde über unrichtige Anwendung eines vorhandnen Steuergeſetzes, wodurch alſo der unverletzbaren Gleichheit der Staatsbürger vor dem Geſetze Eintrag geſchähe, und der Einzelne im Verhältniß zu allen übrigen in gleicher Lage mit ihm befindlichen Staatsbürgern an ſeinen Privatrechten gekränkt wurde, zum Wege Rechtens vor den Landesgerichten; auch wird in ſolchem Falle die Klage nicht nothwendig auf Entſchädigung zu richten ſeyn, indem hier, wo von einer pecuniären Abgabe die Rede iſt, Leiſtung und Entſchädigung wegen Identität des Gegenſtandes ganz zuſammen fallen. — Nach dieſen Grundſätzen ward in dem bereits oben (S. 241.) erwähnten Gutachten des Oberappellationsgerichts, welches gerade die Beurtheilung der Frage: in welchen Fällen gegen die Entſcheidungen des Steuercollegiums bei Steueranſchlägen der Weg Rechtens zuläſſig ſey? zum Zweck hatte, von dem Unterſchiede ausgegangen, ob die Beſchwerde über Verletzung des Rechts auf Gleichheit in der Beſteurung gegen das die Steuer anordnende Geſetz ſelbſt und deſſen Vorſchrift im Allgemeinen angehe, oder ob ſie nur deſſen unrichtige Anwendung betreffe? Demzufolge wurde angenommen, daß im erſten Falle über Handlungen der Staatsgewalt, welche in der Geſetzesform ausgeübt werden, eine richterliche Beurtheilung nicht ſtatt finde, da des Richters weſentliche Beſtimmung ſey, nach den Geſetzen, nicht gegen die Geſetze zu erkennen, daher alle Beſchwerden, welche gegen die

q) „Wider den Mißbrauch der landesherrlichen Obrigkeit ſowohl überhaupt, als in specie die *jura collectarum* betreffend, iſt den Unterthanen, bei den Reichsgerichten Klage zu führen, und dieſen, mandata de non gravando subditos oneribus insolitis justoque gravioribus zu erkennen, unbenommen.“ Pütter Rechtsfälle. B. I. ded. 68. §. 1. v. Schelhaß üb. d. Gerichtsbarkeit der höchſten Reichsgerichte ꝛc. S. 53 ff.

geſetzliche Steuerauflage an und für ſich gerichtet würden, zum Wege Rechtens ſchlechterdings nicht geeignet ſeyen; im letzteren Falle hingegen, wo nur über die Anwendung des Steuergeſetzes gegen ein beſtimmtes Individuum von dieſem Beſchwerde geführt werde, ſey es nun, daß daſſelbe aus einem rechtlichen Grunde eine Ausnahme von dem Geſetze und deſſen Anwendung geltend machen wolle [r]), oder behaupte, daß bei ihm die factiſchen Umſtände nicht einträten, von deren Vorhandenſeyn die Anwendung des Geſetzes abhänge, alsdann, unter einer wie der anderen Vorausſetzung, eine wahre Juſtizſache vorhanden, mithin in allen hierher gehörigen Fällen der Weg Rechtens zuläſſig ſey. Außerdem wurde dafür gehalten, daß es in dem zuletzt gedachten Falle, wo das Daſeyn der factiſchen Umſtände, von welchen die Anwendung des Steuergeſetzes abhänge, beſtritten, und, was als hauptſächlichſtes Beiſpiel dieſes Falles in Betracht komme, die Behauptung eines unrichtigen oder unverhältnißmäßigen Steueranſatzes aufgeſtellt werde, ſobald es damit zur Nothwendigkeit eines rechtlichen Erkenntniſſes komme, auch nicht einmal der Mitwirkung einer adminiſtrativen Behörde bedürfe [s]), derſelbe vielmehr nach der Analogie aller ſolcher Rechtsſtreitigkeiten, deren Entſcheidung von ſpecieller Sachkenntniß abhänge, bloß durch Zuziehung von Sachverſtändigen in der gewöhnlichen proceſſualiſchen Form erledigt werden müſſe. Schließlich ward auf Verſagung der aufſchiebenden Wirkung bei dem in den zuläſſigen Fällen einzuſchlagenden Rechtswege aus dem Grunde angetragen, weil die allgemeine Rechtsregel, daß der Rechtszuſtand zwiſchen den ſtreitenden Theilen während des Proceſſes nicht verändert werden dürfe, eine Ausnahme leiden müſſe, wenn ſolche Hoheitsrechte Gegenſtand des Rechtsſtreites ſeyen, deren Wirkſamkeit

r) z. B. eine unter oneröſem Titel ſpeciell erworbene Befreiung, wo ſich die Sache mehr zur Schadloshaltung eignet.

s) Gegen eine ſolche Adminiſtrativ-Juſtiz haben ſich in der neueren Zeit mehrere Schriftſteller ſehr entſchieden erklärt, inſonderheit Mittermaier im Archiv f. d. civiliſt. Praxis. B. IV. S. 344 ff. (S. a. B. III. S. 374 ff.), und Puchta Beiträge zur Geſetzgebung. B. I. Abh. VII. Der Recenſent des letzteren in der Allg. Literat. Zeitung v. 1823. N. 49. bemerkt darüber ſehr treffend: „man hat in neuerer Zeit unter einem unverdächtig klingenden Namen ein Verhältniß einzuſchwärzen geſucht, das nur ſchädlich wirken kann, und das, wenn es auch den Namen: Juſtiz, freilich nur zum Scheine, trägt, nie von der Gerechtigkeit anerkannt werden darf.“

nicht ohne Nachtheil für den Staatszweck gehemmt werden könne t), wie doch der Fall ſeyn würde, wenn das Einkommmen des als nothwendig allezeit vorauszuſetzenden Betrags einer ausgeſchriebenen Steuer, auch nur für die Dauer des Rechtsſtreites, dadurch gehindert werden könnte, daß Mehrere der Entrichtung derſelben durch Einſchlagung des Rechtsweges ſich einſtweilen zu entziehen vermöchten. Daß dieſes Gutachten durch eine landesherrliche Reſolution vollkommen genehmigt worden, habe ich oben bereits bemerkt; in Anſehung desjenigen Falles, welchen man vorher noch für zweifelhaft gehalten hatte, wo nämlich über Entſcheidungen der oberen Steuerbehörden, welche die Größe einer Steueranlage zum Gegenſtande haben, oder über einen unrichtigen oder unverhältnißmäßigen Anſatz Beſchwerde geführt werde, erfolgte auch eine ausdrückliche Verordnung u), wodurch verfügt wurde, daß in dergleichen Fällen der Weg Rechtens vor den ordentlichen Gerichten allerdings zuläſſig ſeyn ſolle, und daß alsdann nach den hierüber erfolgten richterlichen Erkenntniſſen die Beſtimmung der Steuer geſchehen müſſe, durch die erhobenen gerichtlichen Klagen aber die Bezahlung des von der Steuerbehörde angeſetzten Steuerbetrags keinen Aufenthalt leiden ſolle. — Früher ſchon war die Betretung des Rechtsweges in Steuerſachen Gegenſtand der Entſcheidung des Oberappellationsgerichtes in einigen dahin gelangten Rechtsſtreitigkeiten geworden. Dieß war z. B. der Fall, als im Jahre 1818 der Beſitzer eines ritterſchaftlichen Gutes deßhalb Klage erhob, weil das Steuercollegium die Verordnung vom 27. Decemb. 1814 v), §. 3, nach welcher die Beſitzer ehemaliger exemter Güter mit $\frac{2}{3}$ zu den Steuern concurriren ſollten, in einem ganz unrichtigen Sinne auf ihn angewandt habe. Die Regierung zu Caſſel erkannte hierauf, daß zwar dieſe Sache zur Entſcheidung im Rechtswege ſich eigne, da zum Gegenſtande der Klage ein wohlerworbenes, auf ein ausdrückliches Geſetz gegründetes, Recht

t) Auf dieſem Princip beruhet auch die Verfügung des §. 6. der Straßenbau-Ordnung v. 24. Decemb. 1819 (Geſetzſamml. S. 98.), daß die Oberwegebau-Direction ermächtigt ſey, ihre Verfügungen ſelbſt alsdann, wenn gegen dieſelben gerichtliche Klage erhoben würde, dem Befinden nach, und mit Vorbehalt des Schadensersatzes im unterliegenden Falle, zu vollſtrecken.

u) vom 30. April 1819. (Geſetzſamml. v. 1819. S. 29.)

v) Geſetzſamml. v. 1814. S. 94.

eines Privatmannes genommen ſey, gegen deſſen Verletzung durch eine Behörde, welche dem Geſetze gleichfalls unterworfen wäre, er die richterliche Hülfe anzuſprechen wohl befugt ſey, daß jedoch, nachdem immittelſt durch eine authentiſche Interpretation jenes Geſetzes [w]) mit rückwirkender Kraft der vom Steuercollegium angenommene Sinn deſſelben für den richtigen erklärt worden ſey, hiergegen die Klage nicht ſtatt finde, dem Kläger jedoch, ſeine Einwendungen gegen die Richtigkeit der neuen Steueranſätze im beſonderen Verfahren anzubringen, vorbehalten werde. Und dieſe Entſcheidung ward auch von dem Oberappellationsgerichte beſtätigt [x]). — Auch in Anſehung des Beſitzſtandes gegen die Anwendung der Steuergeſetze ſind mehrere Entſcheidungen des Oberappellationsgerichts erfolgt, welche den obigen Grundſätzen eine practiſche Anſchaulichkeit geben. So ward durch ein Decret vom 19. Febr. 1820 [y]) erkannt, daß gegen die Anwendung der angeführten Beſtimmung der Verordnung vom 27. Decemb. 1814 ein vorausgegangener Beſitzſtand der Immunität durchaus nicht geltend gemacht werden könne. Kurz zuvor aber war als nothwendige Bedingung dieſer Regel ausgeſprochen worden, daß die Anwendbarkeit des Geſetzes nach ſeinem deutlichen Inhalte zweifellos ſey, ohne welche Vorausſetzung die Klage nicht gegen die Vorſchrift des Geſetzes ſelbſt, ſondern gegen die Richtigkeit der concreten Anwendung deſſelben, gerichtet ſeyn würde. Die Verordnung vom 1. Aug. 1818 [z]) verfügt nämlich die Aufhebung aller früher beſtandenen Befreiungen einzelner Stände, Corporationen, und Individuen, von Entrichtung der Acciſe= Licent= und Zoll=Abgaben; gegen die hiernach verſuchte Beſteurung des Eigenthümers eines Hauſes, mit welchem bisher die Realimmunität von der Acciſe verbunden geweſen war, verſuchte jener den Weg Rechtens mittelſt einer poſſeſſoriſchen Klage, und hierauf erkannte in letzter Inſtanz das Oberappellatiansgericht *), daß zwar gegen die Anwendung eines neuen Geſetzes der demſelben vorausgegangene, damit im Widerſpruche ſtehende, Beſitzſtand zu Begründung eines poſſeſſoriſchen Rechtsmittels nicht gebraucht werden könne, gleich=

w) vom 7. Febr. 1817. (Geſetzſamml. v. 1817. S. 16.)

x) durch Decret vom 21. Octob. 1818, in S. v. Berlepſch g. Procurator Fisci.

y) in S. Harmening g. Proc. Fisci.

z) Geſetzſamml. v. 1818. S. 89.

*) durch Decret vom 15. Jan. 1820, in S. Procur. Fisci g. v. Gehren.

gleichwohl hierbei weſentlich vorausgeſetzt werde, daß die mit dem ſeitherigen Beſitzſtande unverträgliche Anwendung des Geſetzes völlig klar ſey, gegentheiligen Falls aber der Beſitzſtand vorläufig beizubehalten, und die rechtliche Erörterung der Anwendbarkeit des Geſetzes in das petitoriſche Verfahren zu verweiſen ſey; daher dann der verklagte Staatsanwalt zu der von ihm verweigerten Einlaſſung angewieſen wurde.

Zuletzt komme ich nun noch zu einem vorzüglich bemerkenswerthen Beiſpiele wozu der factiſche Stoff, gleich dem der Abſchaffung hergebrachter Steuerbefreiungen, wovon ſo eben die Rede war, ſich in gar vielen teutſchen Ländern ſeit der neueren Umbildung des Staatsverwaltungsſyſtems darbietet, — nämlich der Aufhebung der Patrimonial-Jurisdiction ſammt den damit für die Gerichtsherrn verbunden geweſenen Vortheilen. Daß auch hier der Weg Rechtens gegen das die Aufhebung verordnende Geſetz, inſonderheit eine gerichtliche Klage auf Wiederherſtellung des aufgehobenen Inſtituts, nicht zuläſſig ſey, iſt, ſo wie den obigen allgemeinen Grundſätzen völlig angemeſſen, auch von dem Oberappellationsgerichte ganz ausdrücklich erkannt worden; es iſt aber bei dieſer Gelegenheit auch derjenige beſondere Rechtsſatz zur Entſcheidung gekommen, welcher, als vorzüglich wichtig in der Beziehung auf analoge Fälle mannichfacher Art, an die Spitze dieſer ganzen Abhandlung geſtellt worden iſt, und zur ausführlichen Entwickelung aller der ſtaatsrechtlichen Präjudicialfragen, von deren richtiger Beantwortung ſeine Begründung weſentlich abhängt, die unmittelbare Veranlaſſung gegeben hat. Die beiden Hauptfälle, welche, außer mehreren anderen, in denen nur über unbedeutendere Nebenpuncte entſchieden wurde, recht eigentlich das hier vorliegende Rechtsverhältniß characteriſiren, ſollen nun noch in einem umſtändlicheren Vortrage folgen.

I.

Während Kurheſſen unter der Herrſchaft des Königs von Weſtphalen ſich befand, waren, der damaligen Gerichtsverfaſſung gemäß, die vorher beſtandenen Patrimonialgerichte gänzlich aufgehoben worden; und auch nach der Zurückkunft des rechtmäßigen Landesfürſten ward durch

ein Regierungs-Ausſchreiben vom 7. März 1814 a) verordnet, daß die Wiederherſtellung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit in den hieſigen Landen einſtweilen ausgeſetzt bleiben ſolle.

Hiergegen nun erheben der Major von E. und mehrere andere Gutsbeſitzer, als vorherige Gerichtsherrn, eine Klage gegen den Staatsanwalt, mittelſt deren ſie, auf den Grund des alten Herkommens und der ihnen ertheilten Lehnbriefe, in welchen ihnen die niedere Gerichtsbarkeit in Civil- und Criminal-Sachen ausdrücklich verliehen worden, auf Wiederherſtellung dieſer ihnen zuſtändigen Gerichtsbarkeit und Erſtattung des durch die bisherige Vorenthaltung derſelben erlittenen Schadens antragen.

Die Regierung zu Caſſel weiſ't jedoch dieſe Klage, ohne ſie dem Verklagten nur mitzutheilen, ſofort als unſtatthaft zurück, weil die darin angegriffene Verfügung ſich auf eine allerhöchſte Entſchließung gründe, welche in der Form eines Geſetzes in das Geſetzblatt aufgenommen worden ſey.

Die Kläger wenden ſich mit einer Beſchwerde über verweigerte Juſtiz an das Oberappellationsgericht, und berufen ſich hauptſächlich noch auf eine im Landtagsabſchiede vom 2. Mai 1786 enthaltene landesfürſtliche Zuſicherung, die beſtehenden Privilegien, Immunitäten und Rechte, welche von unvordenklichen Jahren hergebracht oder durch ſonſtige Conceſſionen erlangt worden ſeyen, auch ferner gewähren zu wollen.

Das Oberappellationsgericht wies jedoch dieſe Beſchwerde durch nachſtehendes, am 21. Novemb. 1818 ausgeſprochenes, Abſchlags-Decret lediglich zurück.

„In Erwägung, daß durch das Regierungs-Ausſchreiben vom 7. März 1814 die landesherrliche Verfügung, daß die Wiederherſtellung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit in den hieſigen Landen einſtweilen ausgeſetzt bleiben ſolle, in geſetzlicher Form bekannt gemacht worden iſt;

daß zwar vormals und während der Dauer der teutſchen Reichsverfaſſung im Wege der Beſchwerde bei den Reichsgerichten das Mittel gegeben war, ſelbſt gegen Landesgeſetze, wodurch man ſich in ſeinen Privatgerechtſamen verletzt glaubte, Abhülfe zu erlangen;

a) Geſetzſamml. von 1814. S. 24.

daß jedoch dieſer Weg, als Folge der den Reichsgerichten zugeſtandenen Reichsjuſtizgewalt, nicht auch nach deren Auflöſung an die Landesgerichte, als deren Amtsbefugniß auf die eigentlich richterlichen Functionen beſchränkt iſt, offen ſteht;

und daß auch für die Ausübung jener oberſten Juſtizgewalt bis jetzt in der teutſchen Bundesverfaſſung keine Behörde angeordnet iſt;

daß demnach die Competenz der Regierung, über die Klage der Appellanten zu erkennen, lediglich nach Grundſätzen des allgemeinen Staatsrechts zu beurtheilen ſteht;

daß es aber hiernach der pflichtmäßigen Beurtheilung des Staatsoberhaupts ausſchließend überlaſſen iſt, geſetzlich zu verordnen, was zu Beförderung und Erreichung des Staatszwecks erforderlich geachtet wird;

und daß bei der Ausübung dieſer Machtvollkommenheit ſelbſt Privatgerechtſame einzelner Staatsbürger hintangeſetzt werden können;

den hierdurch Verletzten auch nur, vermöge des Grundſatzes, daß kein Staatsbürger der Erreichung des Staatszwecks ein größeres Opfer, als verhältnißmäßig alle übrigen, zu bringen verbunden ſey, ein Anſpruch auf Entſchädigung gegen die Geſammtheit des Staates zuſteht;

daß demzufolge den Appellanten zum Zweck der Wiederherſtellung ihrer Patrimonial-Gerichtsbarkeit gegen das vorhandene Landesgeſetz der Weg Rechtens nicht eröffnet werden konnte;

auf Entſchädigung wegen der erlittenen Verletzung ihrer Privatrechte aber nicht einmal eventuell von ihnen geklagt worden iſt [b]);

und daß endlich auch die aus dem Landtags-Abſchiede von 1786 abgeleitete vertragsmäßige Zuſicherung der Aufrechthaltung aller Privilegien und Rechte nicht von einzelnen Staatsbürgern gegen die Ausübung der geſetzgebenden Gewalt geltend gemacht werden kann;

b) Der mit der Klage verbundne Antrag auf Schadenserſatz war bloß acceſſoriſch und von der Statthaftigkeit des Klaggrundes abhängig.

wird die vom Procurator W. dahier eingebrachte Beſchwerde über verweigerte Juſtiz als ungegründet zurückgewieſen.“

2.

Das bei dem vorigen Rechtsfalle angeführte, die Suspenſion der Patrimonial-Gerichtsbarkeit verordnende, Regierungs-Ausſchreiben vom 7. März 1814 enthält die weitere Verfügung, daß den Gerichtsherrn die bisher als ein Ausfluß der Patrimonial-Gerichtsbarkeit betrachteten Nutzungen, inſofern ſie ſich vor der durch das feindliche Gouvernement geſchehenen Aufhebung der kurheſſiſchen Verfaſſung im rechtmäßigen Beſitze derſelben befunden haben, verbleiben ſollen.

Zu dieſen Nutzungen rechnete man gewöhnlich auch diejenige Abgabe, welche die Juden unter dem Namen eines Schutzgeldes an die Guts- oder Gerichtsherrn zu bezahlen hatten, in deren Gebiete ſich dieſelben aufhielten.

Nachdem aber durch die Verordnung vom 14. Mai 1816 [c]) ſämmtlichen in den kurheſſiſchen Staaten aufgenommenen jüdiſchen Glaubensgenoſſen im Allgemeinen gleiche Rechte mit den chriſtlichen Unterthanen ertheilt worden waren, erfolgte durch ein Regierungs-Ausſchreiben vom 12. Jan. 1818 [d]), die geſetzliche Beſtimmung, daß, wie es ſich von ſelbſt verſtehe, daß diejenigen Israeliten, welche das Staatsbürgerrecht erworben haben, zur Entrichtung des vormaligen Schutzgeldes nicht mehr verpflichtet ſeyen, die erwähnten Gelder von ſämmtlichen Juden nicht mehr gefordert werden ſollten.

Nunmehr klagt der fürſtlich Heſſen-Philippsthalſche Anwalt gegen den kurheſſiſchen Staatsanwalt auf Schadloshaltung wegen Entziehung des dem Herrn Landgrafen rechtskräftig zuerkannten Rechts der Judenaufnahme und der damit verbundenen Utilien. Zu Begründung ſeiner Klage führt er an: neue Staatseinrichtungen könnten, ohne vollſtändige Entſchädigung der Berechtigten, auf Koſten derſelben nicht getroffen werden; eine ſolche Entſchädigung aber ſtehe ſeiner Principalſchaft um ſo weniger abzuſprechen, als ihr das Recht der

c) Geſetzſamml. von 1816. S. 67.

d) Geſetzſamml. v. 1818. S. 2.

Judenaufnahme auch vermöge der Patrimonial-Gerichtsbarkeit zugeſtanden habe, und durch das Regierungs-Ausſchreiben vom 7. März 1814 den Gerichtsherrn die Fortbeziehung ſolcher Nutzungen zugeſichert worden ſey, die Verordnung vom 14. Mai 1816 aber eine Störung in der Fortbeziehung gedachter Nutzungen und der Ausübung des Aufnahmerechts herbeigeführt hätte.

Der Verklagte erwiedert hierauf: der Grundſatz der Entſchädigungs-Verbindlichkeit des Staates wegen der auf Koſten Einzelner getroffenen Einrichtungen ſetze zu ſeiner Anwendung voraus, daß in einem ſpeciellen Falle die Aufopferung des Privat-Eigenthums zur allgemeinen Wohlfahrt erfordert werde; verſchieden hiervon ſey aber der Fall, wenn die geſetzgebende Gewalt durch allgemeine Verordnungen neue Einrichtungen rückſichtlich der bürgerlichen Verhältniſſe der Unterthanen treffe, wodurch die Gelegenheit zum Realbeziehen vorhin gehabter Vortheile wegfalle. Dergleichen Nebennutzungen ſeyen nicht als jura quaesita zu betrachten, ſondern abhängig von der landesherrlichen Anordnung. Im vorliegenden Falle hätte aber Klägers Principalſchaft nicht einmal auf die Judenaufnahme ein jus quaesitum gehabt, da dieſelbe ſtets von der landesherrlichen Schutzertheilung abhängig geweſen ſey.

Der Kläger beſtreitet dieſe letztere Folgerung, und bemerkt weiter: die Verbindlichkeit einer Regierung, durch neue Staatseinrichtungen den Rechten der Privaten nicht zu nahe zu treten, ſey allgemein, und nicht auf den vom Verklagten willkührlich angenommenen Fall beſchränkt; alle Geſetze, wodurch Jemanden ein unwiderrufliches Recht gekränkt werde, berechtigten den Betheiligten zum Widerſpruche, ohne daß das vorgeſchützte Staatswohl hierin etwas ändere; könnten auch jetzt, nachdem keine Reichsgerichte mehr beſtänden, die Betheiligten nicht mehr die Staatsgewalt an der Ausführung neuer, unwiderrufliche Rechte kränkender, Maaßregeln hindern, ſo könnten dieſelben doch Entſchädigung deßhalb verlangen, weil ſonſt das Eigenthum und ſonſtige Privatrechte ganz ohne Schutz wären.

Das Obergericht weist hierauf den Verklagten an, ſich auf die Behauptung des Klägers, daß dem Herrn Landgrafen zu Philippsthal das Recht der Judenaufnahme im ganzen Bezirke ſeiner Beſitzungen, und kraft deſſelben der Beziehung der angegebenen Schutzgelder von allen daſigen jüdiſchen Einwohnern, bis zur Verordnung von 1816 zugeſtanden habe, zu erklären. Die Erheblichkeit dieſer Auflage aber wird dadurch motivirt, daß, wenn gleich das Recht der Judenaufnahme nach allgemeinem Staatsrechte in der Regel nur dem Landesherrn

zuſtehe, doch eine Uebertragung deſſelben unter gewiſſen Beſchränkungen auf Landſaſſen hier zu Lande früherhin häufig ſtatt gefunden habe, inſofern dieß aber hinſichtlich der Principalſchaft des Klägers angegebener Maaßen der Fall geweſen wäre, derſelben vermöge einer ſolchen landesherrlichen Verleihung ein wohlerworbenes Recht jener Art allerdings zugeſtanden hätte, worauf eine Klage gegründet werden könnte.

Auf Veranlaſſung der gegen dieß Erkenntniß von dem Staatsanwalte ergriffenen Berufung kam bei dem Oberappellationsgerichte zunächſt der höchſtwichtige Präjudicialpunkt der Competenz der Landesgerichte, über dergleichen die Vollziehung allgemeiner geſetzlichen Anordnungen von Seiten der Staatsgewalt betreffende Klagen zu erkennen, nach allen für und wider zu berückſichtigenden, in der obigen Abhandlung vollſtändig entwickelten Gründen, zur ausführlichen Erörterung, und ward hierauf als Regel für alle künftige Fälle, unter Vorausſetzung der Eigenſchaften einer wahren Juſtizſache, bejahend entſchieden. Bei der unmittelbaren Entſcheidung des vorliegenden Falles aber kamen hauptſächlich diejenigen Gründe in Betracht, welche ſich oben §. 11 näher entwickelt finden, wiewohl in den Motiven des Erkenntniſſes ſelbſt nur das Reſultat derſelben beſtimmt ausgeſprochen, und ſpeciell vielmehr mit den factiſchen Eigenthümlichkeiten des concreten Falles ſich beſchäftigt worden iſt; wie das nachſtehende, vom 29. Jan. 1823 ertheilte, Decret ergiebt.

„In Erwägung, daß der Appellat zwar in der Klage behauptet, ſeiner Principalſchaft habe das Recht der Judenaufnahme in den Orten N. N., und das Recht der Beziehung von Schutzgeldern von den daſelbſt wohnenden Juden zugeſtanden, der Klagantrag jedoch nur auf Schadloshaltung für die nun nicht mehr ſtatt findende Beziehung der Schutzgelder gerichtet iſt;

daß dieſe Beziehung von Schutzgeldern ſich auf den vorhinnigen perſönlichen Zuſtand der Juden gründete, zufolge deſſen nur die Bezahlung der mit ihnen verglichenen Schutzgelder ihnen einen Anſpruch darauf gab, „mit Weib und Kindern vor aller Gewalt geſchützt, und bei Gleich und Recht, wie andere Unterthanen, gehandhabt zu werden,“ wie dieſes die Judenordnungen von 1679, §. 5, von 1739, §. 10, und von 1749, §. 7*), ausdrücklich enthalten;

daß aber die Verordnung vom 14. Mai 1816, indem ſie den geſetzlich aufgenommenen Juden und deren Familien gleiche Rechte mit den chriſtlichen Unterthanen ertheilt, und ſie

*) Samml. der Landesordn. B. III. S. 123. B. IV. S. 589. 1013.

auch gleichen Verpflichtungen unterwirft, ſelbige hierdurch für Staatsbürger erklärt, in welcher Eigenſchaft ſie, den Schutz des Staates durch ein beſonderes Schutzgeld zu erkaufen, nicht mehr nöthig haben, mithin den Juden einen perſönlichen Zuſtand gewährt, womit die fernere Entrichtung von Schutzgeldern und deren Beziehung nicht vereinbar iſt;

daß es vielmehr, wie auch in dem Regierungs-Ausſchreiben vom 12. Jan. 1818 geſagt wird, ſich von ſelbſt verſteht, daß in Gefolge der Verordnung vom 14. Mai 1816 keine Schutzgelder mehr gefordert werden können;

daß, wenn man auch die Beziehung der Juden-Schutzgelder zu den in dem Regierungs-Ausſchreiben vom 7. März 1814 den Gerichtsherrn vorbehaltnen Nutzungen der Patrimonial-Gerichtsbarkeit zählen könnte, ſich jedoch von ſelbſt verſtehet, daß dieſer Vorbehalt ſich nur auf die Nutzungen erſtreckt, welche auch bei fortdauernder Patrimonial-Gerichtsbarkeit, den Geſetzen gemäß, beſtehen könnten, welches aber, angeführter Maaßen, mit den Juden-Schutzgeldern nicht der Fall iſt;

daß die im Gefolge des veränderten Zuſtandes der Juden geſchehene Abſchaffung der Schutzgelder um ſo weniger einen Schadloshaltungs-Anſpruch zu begründen vermag, als die dem Adel in Betreff der Judenaufnahme zuſtehenden Befugniſſe ſchon in dem Regierungs-Ausſchreiben vom 22. Febr. 1707 f) als von der Fortdauer der damals in Betreff der Juden beſtehenden Einrichtungen abhängig dargeſtellt worden, welches auch auf des Appellaten Principalſchaft anzuwenden iſt, da der Appellat dieſe in ſeinen Verhandlungen, in Betreff der auf die Juden ſich beziehenden Rechte, den Landſaſſen durchgehends gleichſtellt; — —

daß, da ſolchergeſtalt die angebrachte Klage als ungegründet erſcheint, es auch keiner weiteren Einlaſſung auf ſelbige bedarf;

werden die vom Procurator Fiſci gebetenen Appellationsproceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß, mit Aufhebung des Beſcheides von welchem, der Appellat mit der angebrachten Klage lediglich abzuweiſen ſey.“

---

f) Ebendaſ. B. III. S. 565.

Nachdem ſchon der vorſtehende Aufſatz zum Abdruck fertig war, erfolgte bei dem Oberappellationsgerichte noch ein Erkenntniß, welches in mancher Hinſicht von Intereſſe für die obige Ausführung ſeyn kann, indem dadurch nicht nur die Competenz der Landesgerichte über Klagen gegen das Staatsoberhaupt als ſolches, mit Rückſicht auf die Abſtimmungen über den nächſtvorſtehenden Rechtsfall, beſtimmt ausgeſprochen, ſondern auch das im 7ten §. näher entwickelte Verhältniß der Staatsanwälte in Anſehung der Proceßführung für den Staat beſtätigt worden iſt. Nachträglich folgt daher hier jenes Erkenntniß mit kurzer Darſtellung des veranlaſſenden Rechtsfalles.

3.

Graf M. hatte bis zum Jahre 1814 als großherzoglich frankfurtſcher Staatsdiener einen anſehnlichen Gehalt bezogen, wovon ihm, nach Auflöſung des Großherzogthums, noch die Hälfte, zufolge der Beſtimmungen der wiener Congreßacte, Art. 45, als Penſion gebührte. Ueber den Beitrag zu dergleichen Penſionen verfügt der gedachte Artikel: les pensions seront payées proportionnellement par les souverains, qui entrent dans la possession des états, qui ont formé le dit grand-duché. Auch der Kurfürſt von Heſſen findet ſich unter dieſen Fürſten, zunächſt in Beziehung auf Hanau, dann aber mittelbar auch wegen Fulda.

Graf M. behauptet nun, daß ihm von Kurheſſen nicht der volle Betrag der auf dieſen Staat fallenden Rate bezahlt worden ſey, und klagt deßhalb gegen den Staatsanwalt zu Caſſel bei dem daſigen Obergerichte.

Der Verklagte ſchützt, indem er zugleich die Competenz der Landesgerichte bei Gegenſtänden dieſer Art überhaupt in Zweifel zieht, hauptſächlich die Einrede des incompetenten Gerichtsſtandes aus dem Grunde vor, weil er die die Provinz Hanau angehenden Staatsgerechtſame zu vertreten nicht befugt, auch das hieſige Obergericht darüber zu erkennen nicht competent ſey;

wogegen der Kläger bemerkt, daß ſeine Forderung keine Provinzialſchuld zum Gegenſtande habe, ſondern aus der Staatscaſſe zu Caſſel zu bezahlen ſey, mithin nur der in der Reſidenz und in der Provinz Niederheſſen den Staat vertretende Anwalt habe belangt werden können.

Das

Das Obergericht erkennt hierauf, daß der Kläger mit ſeiner Klage daſelbſt abzuweiſen ſey. Die Entſcheidungsgründe waren: daß der Kläger als angeblich vormaliger Diener des Großherzogthums Frankfurt nur von dieſem die fragliche Beſoldung zu fordern gehabt hätte, eine Erweiterung ſeiner Befugniſſe in dieſer Hinſicht aber durch die wiener Congreßacte vom 9. Jun. 1815 nicht bewirkt worden ſey, indem aus der darin enthaltnen Bezugnahme auf das Verhältniß, wonach der Beſitz der Ländertheile, welche jenes Großherzogthum gebildet haben, auf die verſchiedenen Souveraine übergegangen ſey, ſich vielmehr ergebe, daß dieſe letzteren die Verbindlichkeit zur Zahlung der Beſoldungen und Penſionen an die großherzoglich frankfurtiſchen Diener nur in Beziehung auf die ihnen zugefallenen Beſitzungen, nicht aber als eine Laſt ihrer Staaten überhaupt, übernommen haben; daß daher, abgeſehen davon, ob dieſe Sache ſich überhaupt zur Entſcheidung für die Landesgerichte eigne, die vom Verklagten vorgeſchützte Einrede des unzuſtändigen Gerichts in Beziehung auf das hieſige Obergericht als gegründet erſcheine, indem von einem allgemeinen Gerichtsſtande des Wohnſitzes hier keine Rede ſeyn, die Forderung des Klägers aber, nach deſſen eigner Angabe, nur auf Theile des kurheſſiſchen Gebiets, welche zum hieſigen Obergerichts-Bezirke nicht gehören, ſich beziehen könne, mithin dieſe Sache, die Zuſtändigkeit der Landesgerichte im Allgemeinen auch angenommen, doch nur vor die betreffenden Obergerichte jener Gebietstheile gehören würde.

Die von dem Kläger hiergegen ergriffene Berufung ſuchte derſelbe hauptſächlich damit zu rechtfertigen, daß der Gegenſtand ſeiner Forderung keine Provinzial- ſondern eine wirkliche Staatsſchuld ſey, daß deren Berichtigung nur von dem Staatsminiſterium zu Caſſel ausgehen, und nur auf Anweiſung der zur Auszahlung zu ermächtigenden Generalcaſſe erfolgen könne, mithin nur das Obergericht des Ortes, wo dieſe Centralbehörden ihren Sitz haben, das für ſeine Klage competente ſeyn könne.

Deſſen ungeachtet ward das Erkenntniß des Obergerichts auch von dem Oberappellationsgerichte beſtätigt, jedoch in die Entſcheidungsgründe noch die poſitive Bejahung der von dem Obergerichte im Zweifel gelaſſenen Competenz der Landesgerichte aufgenommen, auch der Grund der Zurückweiſung des Appellanten in concreto mehr auf den proceſſualiſchen Geſichtspunct der Vertretung des Staates durch die Staatsanwälte zurückgeführt. Das Decret ſelbſt, welches am 31. Aug. 1824 ausgeſprochen worden, folgt hier ſeinem ganzen Inhalte nach.

„In Erwägung, daß, wenn gleich der von dem Appellanten eingeklagte Anſpruch eine Verbindlichkeit des Landesfürſten als ſolchen, alſo des Staates im Ganzen, zum Gegenſtande hat, und auch die Competenz der Landesgerichte, über einen ſolchen Anſpruch, ſofern ſich derſelbe überhaupt zum Wege Rechtens eignet, zu erkennen, nicht bezweifelt werden kann [g]);

dennoch jene Verbindlichkeit aus den von dem Obergerichte angeführten Gründen ſich nur auf eine einzelne Provinz von Kurheſſen bezieht, die proceſſualiſche Vertretung des Staates aber unter die mehreren Staatsanwälte nach den Provinzen vertheilt iſt, und ein jeder derſelben nur vor dem Obergerichte der Provinz, für welche er beſtellt worden, in Anſehung der dieſe Provinz betreffenden Staats-Gerechtſame und Verpflichtungen belangt werden kann;

werden die vom Procurator S. gebetenen Appellations-Proceſſe abgeſchlagen.“

g) Auf Veranlaſſung einer ähnlichen Reclamation bei dem Bundestage ward nicht nur von dem Referenten davon ausgegangen, daß die Entſcheidung eines ſolchen Anſpruchs lediglich den Landesgerichten zuſtehe, ſondern auch von dem kurheſſiſchen Geſandten ausdrücklich die Erklärung „hinſichtlich der vorgetragenen Reclamation“ abgegeben: daß in Kurheſſen überhaupt Niemanden der Weg Rechtens in den dazu geeigneten Fällen verſchloſſen ſey; — worauf dieſelbe durch einen Beſchluß der Bundesverſammlung in den Weg Rechtens verwieſen wurde: Protoc. d. Bundesverſamml. B. XV. S. 639. 640.

XVII.

Eine Befreiung einzelner Staatsbürger von dem Beitrage zu allgemeinen Staatslaſten, wohin auch der Wege- und Chauſſee-Bau gehört, kann durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden.

Es giebt gar manche Verhältniſſe, in Anſehung deren ein Rechtserwerb durch Zeitablauf innerhalb derjenigen Grenzen, welche der gewöhnlichen Verjährung geſteckt ſind, nicht ſtatt findet. Daß aber auch Fälle vorkommen können, in welchen ſchlechterdings kein Zeitablauf, ſelbſt derjenige nicht, welcher über Menſchen-Gedenken hinausreicht, dazu geeignet ſey, den ſo lange unverrückt beibehaltnen Zuſtand als einen rechtlich begründeten darzuſtellen; das ſcheint mit der eigenthümlichen Beſchaffenheit der Verjährung durch unvordenklichen Beſitz nicht wohl vereinbar, indem nämlich dieſem Beſitze von den Rechtsgelehrten ein ſo großes Anſehn und eine ſolche Wirkung beigelegt wird, daß alle und jede Gegenſtände, welche auch keiner ſonſtigen Verjährung unterworfen ſind, doch mittelſt des unvordenklichen Beſitzes die Qualität eines rechtlichen, und daher des gerichtlichen Schutzes fähigen, Zuſtandes annehmen ſollen. Summa est praescriptionis immemorialis auctoritas, et natura prorsus peculiaris, ab indole ceterarum praescriptionum diversa [a]); praescriptio immemorialis tollit, transfert, mutat omnia, quae sine peccato possideri aut a quasi possidente exerceri possunt, immo locus ei relinquitur, ubi omnes reliquae praescriptiones exulare videntur [b]). Omnia non praescrip-

a) Leyser spec. 461. med. 7.

b) Kress diss. de genuina natura et indole vetustatis. Helmst. 1734. Cap. 3. §. 22.

tibilia immemorialis temporis suffragio adquiruntur, ob rationem, quod tempus immemoriale habeat vim justae causae, tituli, veritatis, legis, privilegii, juris denique plenissimi [c]). — Indem man nämlich von dem erwieſenen Factum des unvordenklichen Beſitzes auf den vor Menſchen Gedenken wirklich ſtatt gefundenen Rechtserwerb zurückſchließt, ſtellt man dieſen Beſitz demjenigen wirklichen Titel gleich, welcher dem concreten Verhältniſſe am Angemeſſenſten iſt; bei ſolchen Rechten alſo, welche von Privatperſonen dem Staate gegenüber geltend gemacht werden, iſt es der Titel eines landesherrlichen Privilegs, deſſen präſumtives Daſeyn den Erwerbsgrund dieſer Rechte durch den unvordenklichen Beſitz bildet [d]). Eben dieſes aber führt nun auch wieder auf eine Beſchränkung jener ſo ausgedehnten Wirkſamkeit in der zwiefachen Hinſicht, daß auf Seiten des Beſitzers die Fähigkeit, das bisher ausgeübte Recht durch ein Privileg zu erwerben, und daß auf Seiten des Staates, gegen welchen daſſelbe geltend gemacht wird, die rechtliche Möglichkeit, ein ſolches Recht durch ein Privileg zu verleihen, anzunehmen ſey. In jener erſteren Rückſicht läßt daher Günther [e]) den unvordenklichen Beſitz als Erwerbsgrund nur zu in consequendis immunitatibus, quarum cives sunt capaces, und Neller [f]) führt beiſpielsweiſe für die zweite Rückſicht an, daß die unvordenkliche Verjährung ceſſire, wenn zufolge der damit zu erlangenden Befreiung dem Landesherrn die zur Unterhaltung des Staates erforderlichen Geldmittel entzogen würden, wohin er eine gänzliche Befreiung von den nothwendigen Steuern rechnet. Unter dieſen nämlichen Geſichtspunct fällt die durch unvordenklichen Beſitz zu erwerbende Befreiung von allgemeinen Staatslaſten überhaupt, deren Leiſtung für des Landes Wohlfahrt erforderlich iſt, und die alſo im Falle einer ſolchen Befreiung entweder zu deſſen Nachtheile partiell unterbleiben würden, oder den übrigen nicht befreiten Staatsbürgern über ihre Verpflichtung hinaus aufgebürdet werden müßten. Doch dieſer Punct — der Hauptgegenſtand des gegenwärtigen Aufſatzes — bedarf noch einer genaueren Erörterung.

c) Wernher observ. for. T. II. P. 10. obs. 379.

d) Neller de rebus praescribendis et temporibus praescriptionum, praesertim immemoriali. Sect. 2. §. 4.; in Opusc. Vol. II. P. I. p. 69. Böhmer jus ecclesiast. protest. Lib. II. cap. 26. §. 45.

e) principia juris rom. T. I. §. 332.

f) l. c. §. 5. not. b.

„Gleiche Berechtigung und gleiche Verpflichtung aller Unterthanen in gleicher Lage“ ſtellt das allgemeine Staatsrecht als Regel auf [g]). „Die Staatslaſten müſſen, wie die Vortheile der Staatsverbindung, unter die Staatsgenoſſen, ſo viel möglich, gleich vertheilt werden“ [h]); und es iſt daher eine ungerechte Prägravation, „wenn dem, welcher wo nicht größere, doch auch nicht mindere, Vortheile vom Schutze des Staates genießt, nicht ein gleicher Antheil an der gemeinſamen Laſt des Staates zugetheilt wird“ [i]). Was aber an und für ſich unrecht iſt, kann durch die Länge ſeiner Dauer den Character der Rechtlichkeit nicht annehmen; der bloße Zeitablauf kann, was allgemeinen Rechtsbegriffen widerſpricht, nicht heiligen. Daher die altteutſche Parömie: hundert Jahre unrecht, iſt nicht eine Stunde recht!, und ſelbſt die römiſche Geſetzgebung, welche dem alten Herkommen eine ſo große Wirkung, ſogar die Kraft formeller Geſetze, beilegt, bedingt dieſe ſeine Verfügung durch die Vorausſetzung, quod ratione sit introductum [k]), mala enim adinventa malaeque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine, firmantur [l]).

Alles dieſes gilt jedoch natürlich nur von allgemeinen und unbedingten Exemtionen einzelner Staatsbürger oder Staatsbürgerclaſſen von dergleichen ihrer Natur nach gemeinſamen Unterthanenpflichten, als wodurch die Laſt, wovon jene ſich frei zu erhalten gewußt haben, mit zwiefacher Schwere ihren Mitbürgern aufgeladen wird. — Hingegen iſt dadurch keineswegs die Zuläſſigkeit des Erwerbs beſonderer Befreiungen rückſichtlich einer beſtimmten Art des Beitrags zu den allgemeinen Staatslaſten ausgeſchloſſen, ſofern nämlich die ſolchergeſtalt Befreiten auf andere Weiſe zu dieſen öffentlichen Laſten concurriren, und ſo das rechtlich nothwendige Verhältniß unter ſämmtlichen Staatsbürgern, welches nicht gerade Gleichheit der Qualität, ſondern nur der Quantität nach, erfordert, wiederhergeſtellt wird.

g) Klüber öffentliches Recht des teutſchen Bundes. §. 283.

h) Klüber a. a. O. §. 455.

i) Pütter Beitr. zum teutſchen Staatsrecht. B. I. S. 357. Gönner teutſches Staatsrecht §. 458. N. V.

k) l. 39. D. *de legibus*.

l) Nov. 134. cap. 1.

Gegen dieſe Behauptung der Unſtatthaftigkeit des Erwerbs einer allgemeinen und unbedingten Exemtion von gewiſſen Staatslaſten durch bloßen Zeitablauf könnte man nun wohl das Beiſpiel von Steuern einwenden, wobei doch ein ſolcher Erwerb durch unvordenklichen Beſitz allgemein anerkannt, auch in Reichs- und Provinzial-Geſetzen ausdrücklich zugelaſſen ſey. Allein eben die Steuern laſſen ſich vielmehr als Beleg der obigen Darſtellung gebrauchen. Steuerfreiheit durch unvordenklichen Beſitz findet bekanntlich nur ſtatt in Beziehung auf beſtimmte Güter; wird von ſolchen nachgewieſen, daß ſie ſeit unvordenklicher Zeit nicht zum Steuerverhalt gezogen worden, ſo folgt oder folgte wenigſtens ehedem hieraus, daß es Rittergüter ſeyen; der Grund, warum die Rittergutsbeſitzer nicht mit zu den Steuern beitrugen, war aber, weil ſie durch eigne Militairdienſte zur Landesvertheidigung concurrirten; jene anſcheinende Befreiung war alſo keine völlige Exemtion, ſondern beſtand vielmehr in einer verſchiedenartigen Repartition der nämlichen Staatslaſt, wovon die Rittergutsbeſitzer ihren Antheil in Natur, die übrigen Staatsbürger durch Geldbeiträge übernahmen. „Wenn man — ſagt Gönner[m]) — in die Verfaſſung jener Zeiten zurückgeht, aus welchen ſich faſt alle heutigen Steuerfreiheiten herſchreiben, ſo findet man, daß ihnen die richtigſte Gleichheit der Beiträge aller Unterthanen zu den Landesbedürfniſſen zum Grunde lag.“ — Daß aber, obgleich die Gründe ſolcher Befreiungen in der neueren Zeit aufgehört haben, die Steuerfreiheit noch lange nachher fortbeſtanden, und gerichtlichen Schutz gefunden hat, davon iſt die einzige Urſache wohl nur darin zu finden, daß man dieß als Verfaſſungsgegenſtand betrachtete, wobei nur der Staatsgewalt eine Abänderung zukommt.

Die Anwendbarkeit der obigen Grundſätze auf die von einzelnen Staatsbürgerclaſſen verlangte Beibehaltung einer bisherigen Freiheit von dem Beitrage zum Wege- und Chauſſeebau wird ſich nun aber leicht nachweiſen laſſen. Die Verbindlichkeit zum Landſtraßenbau überhaupt gehört nach ſtaatsrechtlichen Grundſätzen zu den allgemeinen Staatslaſten, und iſt in dieſer Eigenſchaft eine gemeinſchaftliche aller Staatsbürger, von welcher ſich eben darum keiner, der im Staatsvereine mit begriffen iſt, und an den Vortheilen deſſelben Theil

m) teutſches Staatsrecht. §. 458.

nimmt, für befreit halten kann. Schon nach den Reichsgeſetzen ſollen die Heerſtraßen auf eines jeden Landes gemeine Koſten gebaut und erhalten werden [n]), und die Unterthanen ſind dabei zur Landfolge verpflichtet [o]); auch außer den Dienſten können jedoch von denſelben Geldbeiträge dazu gefordert werden [p]). Daß aber alles dieſes auch von dem Falle gelte, wo der Landesherr Chausſeen oder Kunſtſtraßen anſtatt der gewöhnlichen Heerſtraßen anzulegen für gut findet, leidet keinen Zweifel [q]), indem das Recht, Chausſeen anzulegen, dem Landesherrn zuſteht, da chausſirte Wege zu den Vorzügen eines Landes und zu den weſentlichſten Beförderungsmitteln des Handels gehören, der Landesherr aber in Herſtellung guter Wege eine Verbindlichkeit des Landes erfüllt, und zu Staatslaſten alle Unterthanen beitragen müſſen [r]). Auch Pütter [s]) erſtattete ein hierüber von ihm begehrtes Gutachten gegen die Stadt, welche ſelbſt ihn darum erſucht hatte, indem er namentlich in der Anwendung auf neu zu bauende Chausſeen bemerkte, man habe nicht außer Acht zu laſſen, daß bei der römiſchen Königswahl im Jahre 1764 das ganze kurfürſtliche Collegium den Kaiſer durch ein beſonderes Collegialſchreiben erſucht habe, ſich die Herſtellung und Beſſerung der Commercialſtraßen im ganzen Reiche angelegen ſeyn zu laſſen, und daß auf die hierauf in alle Kreiſe erlaſſenen kaiſerlichen Schreiben ſeitdem in den meiſten Ländern auf dieſe gemeinnützige Sache ein ſolches Augenmerk gerichtet worden ſey, daß man ſolche als eine von Kaiſer und Reichs wegen genehmigte löbliche Anſtalt anſehe, mithin dawider bei den Reichsgerichten eben ſo wenig, als wider andere Reichs- und Kreis-Laſten, leicht einiges Gehör zu finden ſey.

Auch in Kurheſſen gelten die nämlichen, bisher angeführten, Grundſätze, ſowohl in Beziehung auf den vorausgeſchickten allgemeinen Geſichtspunct, als rückſichtlich deren Anwendung auf den Landſtraßenbau. Jener Geſichtspunct wurde

n) Runde Grundſ. d. teutſch. Privatrechts. §. 126. v. Berg Handb. d. Polizeirechts. B. III. S. 549. Eichhorn Einl. in das deutſche Privatr. §. 270.

o) v. Berg a. a. O.

p) Leiſt Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 212.

q) Leiſt a. a. O. Gönner a. a. O. §. 383.

r) Gönner im crit. Archiv der neueſten juridiſchen Literatur und Rechtspflege. B. III. S. 352. 353.

s) auserleſene Rechtsfälle. B. III. resp. 324.

namentlich befolgt bei einem in der Sammlung der Oberappellationsgerichts-Deciſionen [t]) abgedruckten Falle, wo man es ſogar bedenklich hielte, einigen Gemeinden zur Ausführung ihrer auf bloßen Zeitablauf gegründeten Freiheit von Militairfuhren den Weg Rechtens nachzulaſſen, weil ſie ſich dem allgemeinen Landfolgedienſte als Unterthanen nicht entziehen, und aus dem angeführten Grunde alle anderen bisher ebenfalls verſchont gebliebenen Dorfſchaften gleichen Anſpruch machen könnten [u]). Auf derſelben Anſicht, jedoch mit Rückſicht auf die obige Unterſcheidung zwiſchen quantitativer und qualitativer Ungleichheit der Theilnahme an den allgemeinen Staatslaſten beruhet auch ein neueres Oberappellationsgerichts-Erkenntniß [v]), zufolge deſſen den zum Waſſerbau-Dienſte herangezogenen Gemeinden des Amtes Haina der Beweis einer Exemtion von ſolchen Dienſten, als zur Landfolge gehörig [w]), im Allgemeinen nicht verſtattet, ſondern nur auf die Weiſe nachgelaſſen wurde, daß ſie in Rückſicht der dem Hospital Haina, als einem Landesinſtitut, zu leiſtenden Dienſte von der Mitleiſtung der allgemeinen Landesdienſte frei gegeben worden ſeyen.

Soviel nun inſonderheit den Landſtraßenbau betrifft, kann es auch nach der kurheſſiſchen Landesverfaſſung keinen Zweifel leiden, daß derſelbe zu den allgemeinen Staatslaſten, welchen auch die ſonſt privilegirten Claſſen unterworfen ſind, gehöre. Nach dem Landtagsabſchiede von 1724 [x]) können die von Adel und die ihrigen ſich der proportionirlichen Concurrenz und Beihülfe an dem gemeinnützigen Werk des Wegebaues de jure nicht entziehen, und wenn gleich nach dem Landtagsabſchiede von 1731, Art. 18, N. 12 [y]), auf das Anerbieten der Ritterſchaft,

t) *Decisiones.* T. III. dec. 11.

u) Einen ähnlichen Fall findet man bei v. Rieffel Reichshofrath in Juſtizſachen. Th. I. N. 72.

v) Decret vom 6. Septemb. 1817, in S. des Procurators Fisci gegen die Gemeinden des Amtes Haina.

w) Die hier vorausgeſetzte Eigenſchaft der Waſſerbaudienſte, welche in anderen Fällen wegen einer einſchlagenden Particularnorm nur mit Einſchränkungen zur Anwendung gekommen iſt, werde ich demnächſt in einem beſonderen Aufſatze erörtern.

x) Samml. d. Landesordn. B. IV. S. 71. Not. 3.

y) Ebendaſ. B. IV. S. 71.

ſchaft, die Straßen in ihren adelichen Gerichten in vollkommen guten Stand zu ſetzen, und beſtändig darin zu erhalten, in deſſen Erwartung dieſer Punct inzwiſchen beruhen ſollte, ſo iſt doch dieſes, weil die Ritterſchaft das, wozu ſie ſich dergeſtalt in corpore anheiſchig gemacht, nicht erfüllt hat, ſondern von ihrem Verſprechen ſelbſt abgegangen iſt, durch das Regierungs-Ausſchreiben vom 8. April 1743 [z]), wieder aufgehoben, und hierauf durch das erneuerte Straßen- und Wegebau-Reglement vom 4. Jan. 1746, §. 3 *), ganz ausdrücklich verordnet worden, daß zu den Spanndienſten alle und jede, wes Standes, Condition und Würden ſie ſeyen, auch die von Adel und andere personae honoratiores nicht ausgenommen, ohne Ausnahme und Anſehen der Perſon, concurriren ſollen, dergeſtalt, daß keinerlei Freiheit dagegen zu ſtatten kommen möge. Auch ſpricht der Landtagsabſchied von 1764, §. 5, formell den Grundſatz aus, daß, gleichwie die Vortheile, welche durch Herſtellung guter fahrbarer Straßen erhalten werden, allgemein ſeyen, und ſich auf einen Jeden insbeſondere erſtrecken, auch von allen und jeden ein proportionirter Beitrag gethan, und die Laſt dieſer Landesverbeſſerung mit gleichen Schultern getragen werden müſſe [a]).

Dieſe Grundſätze an und für ſich werden auch wohl nicht leicht in Abrede geſtellt, dagegen kommt es um ſo öfter vor, daß Diejenigen, welche gegen ihre bisherige Freiheit zur Concurrenz gezogen werden, die Anwendbarkeit dieſer Grundſätze auf den neuen Chausſeebau beſtreiten, weil nämlich zwiſchen dem Landſtraßenbau im Allgemeinen und der Anlegung und Unterhaltung von Kunſtſtraßen eine große Verſchiedenheit herrſche, und nur die Dienſte zu jenem zu den gewöhnlichen Territoriallaſten gehörten, dahingegen zu Anlegung ſolcher künſtlicher Straßen eine eigne Steuer von den Landſtänden verwilligt worden ſey,

z) Ebendaſ. B. IV. S. 840.

*) Ebendaſ. B. IV. S. 912.

a) Durch eine neuere Verordnung vom 21. Decemb. 1819 (Geſetzſamml. S. 91.) ſind zwar die Naturaldienſte zum Straßenbau aufgehoben, und iſt eine allgemeine Steuer an deren Stelle geſetzt, dieſe Einrichtung jedoch ausdrücklich auf 3 Jahre beſchränkt, und auch durch das Miniſterial-Ausſchreiben vom 14. Decemb. 1822 (Geſetzſamml. S. 73.) nur bis zu anderweiter Verfügung beibehalten worden, mithin noch immer nur als Proviſorium zu betrachten.

wie der Landtagsabſchied von 1764 beweiſe. — Allein, ſo wie nach den obigen allgemeinen Rechtsprincipien der Chauſſeebau mit dem gewöhnlichen Straßenbau in gleicher Kategorie ſteht, und völlig ebenſo, wie dieſer, ſeiner Natur nach zu den allgemeinen Staatslaſten gehört, ſo liegt auch in der kurheſſiſchen Verfaſſung durchaus kein Grund einer hiervon abweichenden Beurtheilung, und es kann insonderheit auch die durch den Landtagsabſchied von 1764 eingeführte Geldabgabe dieſe rechtliche Natur der Beitragsverpflichtung zum Chauſſeebau nicht ändern; dieſe Geldabgabe nämlich, wovon der Landtagsabſchied ſelbſt ſagt, daß ſie zum Zwecke einer durchgängig gleichen Concurrenz der Landesunterthanen zum Straßenbau eingeführt ſey, tritt nur als Surrogat der Naturalverbindlichkeit an deren Stelle, und es kann durchaus kein Bedenken finden, daß, wenn die Geldabgabe zur Beſtreitung der Koſten des Chauſſeebaues nicht anreicht, die Naturalverbindlichkeit ſelbſt wieder in Anſpruch genommen werden könne, womit es ſich dann auch vollkommen rechtfertigt, daß Chauſſeebaufuhren gegen eine geringere, im Verhältniſſe zum Ertrage jener Steuer regulirte, Bezahlung gefordert werden können [b]). Auf dieſen Grundſätzen beruhet das in der Sammlung der Landesordnungen [c]) abgedruckte, auf einen landesherrlichen Befehl ſich gründende Ausſchreiben der Ober-Wegecommiſſion vom 23. Octob. 1787, N. 2, nach welchem die Unterthanen, der als Regel anerkannten Verſchonung mit Naturaldienſten ungeachtet, die zu dem neuen Chauſſeebau erforderlichen Stein- und Grandfuhren gegen reglementsmäßige Bezahlung leiſten ſollen. — Ob dieſe Bezahlung eine angemeſſene Vergütung für ſolche Fuhren enthalte, und dem gewöhnlichen Preiſe der Lohnfuhren entſpreche, darauf kann hier ſchlechterdings nichts ankommen, indem, ſofern ſolches nicht der Fall iſt, die Dienſtleiſtung als partielle Anwendung der Landfolge betrachtet werden muß.

Daß aber inſonderheit der unvordenkliche Beſitz als Erwerbsgrund einer allgemeinen Befreiung hier gar nicht anwendbar ſey, ergiebt ſich in Beziehung auf den Landſtraßenbau überhaupt daraus, daß durch das Wegebau-Reglement von 1746 die allgemeine Concurrenz geſetzlich ausgeſprochen, und jede Befreiung für unſtatt-

b) Gönner im jurid. Archiv. B. III. S. 354. N. 3.
c) B. VII. S. 201.

haft erklärt worden, ſeit dieſer Verordnung aber noch kein ſo langer Zeitraum abgelaufen iſt, daß dem etwa gegen dieß Geſetz fortgeſetzten Beſitzſtande die Qualität der Unvordenklichkeit beigelegt werden könnte, in Beziehung auf den Chausſeebau insbeſondere aber daraus, daß alle Chausſeen erſt eine Einrichtung der neueren Zeit ſind, mithin ein Beſitz über Menſchen-Gedenken hinaus dabei gar nicht gedacht werden kann.

Wie nun die bisher ausgeführten Grundſätze in ihrem ganzen Umfange bei dem Oberappellationsgerichte zur Entſcheidung in vorgekommenen Fällen gedient haben, werde ich zunächſt an einigen älteren Beiſpielen zeigen, an denen ſich die weſentliche Verſchiedenheit der beiden Vorausſetzungen, ob nämlich der Erwerb einer Befreiung von der Concurrenz zum Landſtraßenbau überhaupt, oder nur für einen gewiſſen Bezirk, behauptet wird, beſonders anſchaulich hervorhebt, dann aber auch einen neueren Fall mittheilen, welcher nicht bloß um der Entſcheidung ſelbſt willen von unmittelbar practiſchem Intereſſe iſt, ſondern auch durch die in das Erkenntniß aufgenommenen Entſcheidungsgründe der hier vorgetragenen Rechtstheorie mehrſeitig zur ausdrücklichen Beſtätigung dient.

Als im Jahre 1785 die von B.ſchen Hinterſaſſen zu Ropperhauſen gegen den ſeitherigen Beſitzſtand zum Jesberger Landſtraßenbau gezogen wurden, und die Regierung ſie dagegen nicht einmal mit dem angebotenen Beweiſe des unvordenklichen Beſitzes hören wollte, appellirten dieſelben an das Oberappellationsgericht. Der Referent bei dieſem Gerichte war der Meinung, daß ſie mit jenem Beweiſe im Allgemeinen noch zu hören ſeyen, weil der unvordenkliche Beſitz die Stelle eines Titels und Privilegiums vertrete; der Correferent aber nahm an: es könne zwar keine an der Straße gelegene Gemeinde ſich unter dem Vorwande einer Immemorial-Präſcription oder ſonſt einer Freiheit vom Straßenbau eximiren, da aber die Lage des Orts wohl die Urſache ſeyn möge, warum die Appellanten nicht ſeither oder niemals zum Jesberger Straßenbau concurrirt, ſondern vielleicht zur Ziegenhainer Straße beigetragen hätten, und alſo nicht wohl zu einer doppelten Concurrenz zu ziehen wären, ſo accedire er in ſolchem Betracht. Hierauf ward den Appellanten durch Oberappellationsgerichts-Decret vom 28. Mai 1788 der Beweis ihres unvordenklichen Beſitzſtandes in Anſehung des Jesberger Straßenbaues nachgelaſſen; daß man

aber hierbei ganz von der letzterwähnten Anſicht ausgegangen ſey, ſetzt ein bald nachher eingetretener Fall, wobei ſich auf jene Entſcheidung ausdrücklich bezogen wurde, völlig außer Zweifel.

Es wollte nämlich im Jahre 1789 der Beſitzer von Windhauſen eine gleiche Befreiung vom Straßenbau durchſetzen, auch ward demſelben von der Regierung, falls er zu behaupten vermeine, daß das Gut Windhauſen von dieſer Concurrenz ſeit unvordenklicher Zeit befreit geweſen ſey, ſolches mit dem Procurator Fisci in via juris auszumachen verſtattet. Auf des letzteren Berufung an das Oberappellationsgericht aber unterſchied man daſelbſt ſehr genau zwiſchen dem oben erwähnten Falle, auf welchen die Regierung ihr Erkenntniß geſtützt hatte, und dem gegenwärtigen, und entſchied letzteren, mit ausdrücklicher Angabe des Grundes der Verſchiedenheit beider, dahin: „daß, da die bei den Hinterſaſſen des Gerichts Ropperhauſen wegen ihrer nicht überhaupt, ſondern nur wegen Concurrenz zu dem Jesberger Straßenbau, anverlangten Befreiung vorgekommenen Umſtände bei dem noch zu keinem andern Landſtraßenbau gezogenen Gute Windhauſen nicht einträten, der Appellat, wenn er auf der gänzlichen Befreiung dieſes Gutes von der durch die Straßenbau-Reglements und die Landtagsabſchiede feſtgeſetzten allgemeinen Concurrenz zum Wegebau demungeachtet zu beſtehen gemeint ſeyn ſollte, ſolche anders, als durch den nach Geſtalt der Sache unerheblichen unvordenklichen Beſitzſtand, zu qualificiren habe.“ — Welche Wichtigkeit man auch dieſem Erkenntniſſe, als Präjudiz für künftige ähnliche Fälle, beigelegt habe, zeigt deſſen Aufnahme in die Sammlung der Landesordnungen [d]).

Hieran ſchließt ſich nun in rechtlicher Beziehung der erwähnte neuere Fall, welcher jedoch eines umſtändlichern Vortrages bedarf.

Mehrere Glieder der ritterſchaftlichen Familie von E., die im Jahre 1816 wegen ihrer Beſitzungen zur Leiſtung von Steinfuhren zum neuen Chausſeebau in dem Amte Biſchhauſen

d) B. VII. S. 456.

aufgefordert, und mit einer deßhalbigen Beſchwerde bei der Oberwegecommiſſion aus dem Grunde zurückgewieſen worden waren, weil die zu einem neuen Chausſeebau erforderlichen Steine von den Unterthanen ohne Unterſchied gegen reglementsmäßige Bezahlung angefahren werden mußten, erheben nunmehr eine förmliche Klage gegen den Procurator des Fiscus, darauf gegründet, daß überhaupt zu dem neuen Chausſeebau keine Naturaldienſte verlangt werden dürften, und inſonderheit die Verbindlichkeit der Ritterſchaft, die Fuhren dazu, nicht einmal gegen angemeſſene Bezahlung, noch weniger aber gegen einſeitig und unverhältnißmäßig gering beſtimmten Lohn, zu verrichten, weder in den Landtagsabſchieden, noch ſonſt, geſetzlich ausgeſprochen, vielmehr ein entgegengeſetztes unvordenkliches Herkommen bekannt ſey.

In den weiteren Verhandlungen wird ſich wechſelſeitig auf die über die Concurrenz zum Landſtraßenbau vorhandnen geſetzlichen Beſtimmungen, deren Inhalt oben bereits mitgetheilt worden iſt, bezogen, und deren Auslegung für das Intereſſe des einen oder andern Theiles verſucht.

Hierauf legt die Regierung zu Caſſel durch Beſcheid vom 29. Aug. 1818 den Klägern den Beweis auf, daß von ihren Gütern ſeit unvordenklicher Zeit keine Dienſtfuhren zum Behuf des Landſtraßenbaues geleiſtet worden ſeyen; und zwar aus folgenden Entſcheidungsgründen:

In Betracht, daß nach den Landtagsabſchieden von 1724, 1731, 1754 [e]) und 1764, ſo wie nach dem Wegebau-Reglement vom 4. Januar 1746, §. 3, ſämmtliche Unterthanen, und insbeſondere auch die Mitglieder der Ritterſchaft, in Hinſicht ihrer Güter zum Landſtraßenbau, worunter auch die Anlegung und Unterhaltung der Chausſeen begriffen iſt, durch Dienſtfuhren und Geldbeiträge concurriren ſollen, und dabei, nach dem in Gemäßheit einer allerhöchſten Reſolution erlaſſenen Oberwegecommiſſions-Ausſchreiben vom 23. October 1787, in Anſehung des neuen Chausſeebaues nur die Verſchiedenheit ſtatt findet, daß die dazu nöthigen Fuhren, nach einer Repartition, gegen reglementsmäßige Bezahlung von den Unterthanen zu leiſten ſind; — daß daher die Kläger, als Mitglieder der Ritterſchaft, keinen Anſpruch auf Befreiung von Leiſtung der Wegebau-Fuhren haben, und ihnen, in Beziehung auf die Vergütung derſelben, nur eine, von ihnen indeſſen nicht behaup-

e) mit dem oben erwähnten Inhalt des Landtagsabſch. v. 1764 übereinſtimmend.

tete, reglementswidrige Bezahlung Veranlaſſung zur Klage geben könnte; — daß jedoch Kläger die in Anſpruch genommene Befreiung ferner auf die Angabe gründen, daß von ihren Gütern ſeit unvordenklicher Zeit keine Dienſtfuhren zum Landſtraßenbau oder Chauſſeebau geleiſtet worden ſeyen, welches, wenn es gegründet wäre, allerdings eine Exemtion rechtlich begründen würde, da die unvordenkliche Verjährung auch gegen geſetzlich aufgelegte Verbindlichkeiten und Laſten, in ſo fern die geſetzgebende Gewalt Befreiung davon ertheilen kann, ſtatt findet; indem alsdann der über Menſchen-Gedenken fortwährend ſtatt gefundene Beſitzſtand einem Privileg oder einer ausdrücklichen Befreiung gleich geachtet werden muß; — und daß demnach den Klägern der Beweis der obigen, vom Verklagten nicht eingeräumten, Behauptung obliegt.

Gegen dieß Erkenntniß ergreifen beide Theile die Berufung an das Oberappellationsgericht; die Kläger, weil von der Regierung die von dem Wegebau geltenden Grundſätze auch auf die Anlegung von Kunſtſtraßen angewendet worden, und ſelbſt in Anſehung dieſer die Frage, ob wirklich eine angemeſſene Bezahlung angeboten worden, unerörtert geblieben ſey; der Verklagte aber, weil die wider ihn erhobene Klage nicht ſofort zurückgewieſen, vielmehr den Klägern ſogar der Beweis, daß von ihren Gütern ſeit unvordenklicher Zeit keine Dienſtfuhren zum Behuf des Landſtraßenbaues geleiſtet worden, nochgelaſſen ſey; wobei der Verklagte in jener Hinſicht noch beſonders geltend macht, daß die gegenwärtige Sache einen Gegenſtand der Rechtspflege gar nicht abgeben könne, indem dieſe lediglich auf Erhaltung des Privatrechts abzwecke, über den hier vorliegenden Act der Vollziehung eines zur Landespolizei gehörigen Geſetzes aber nur eine Beſchwerdeführung bei der oberen Verwaltungsbehörde, und zuletzt der Recurs an den Landesherrn, ſtatt finde, und, wenn man auch da den Weg Rechtens eröffnen wollte, alsdann gar leicht aus einer jeden Regierungsſache eine Juſtizſache gemacht werden könne [f]).

Auf dieſe letztere Appellation — die des Staatsanwaltes nämlich — ergieng nun am 17. Febr. 1819 bei dem Oberappellationsgerichte nachſtehendes reformatoriſche Decret:

„In Erwägung, daß zwar die Behauptung des Appellanten, es könne die vorliegende Sache einen Gegenſtand der Rechtspflege gar nicht abgeben, als ungegründet erſcheint,

f) Zu vergleichen, was oben S. 238. 240. hierüber geſagt worden.

da die den Gerichten obliegende Handhabung eines geſicherten Rechtszuſtandes unter den Staatsbürgern dieſelben für jede Beſchwerde über Verletzung von Privatrechten zugänglich macht, und ſolchergeſtalt die Vorausſetzung einer Rechtsverletzung allein, und unabhängig von allen übrigen Eigenſchaften und Verhältniſſen des Gegenſtandes, den Begriff einer Juſtizſache begründet;

daß auch insbeſondere gegen Handlungen der Staatsverwaltung, wodurch Jemand in ſeinen Privatrechten ſich verletzt glaubt, in dieſer Beziehung der Weg Rechtens ohne alle Einſchränkung um ſo mehr zugelaſſen werden muß, als die Unterthanenpflicht, denſelben augenblicklich Folge zu leiſten, gebietet;

in weiterer Erwägung, daß die Appellaten den unvordenklichen Beſitz, deſſen Beweis ihnen von der Regierung nachgelaſſen worden, als allgemeinen Befreiungsgrund von der Natural-Concurrenz zum Landſtraßenbau überhaupt und zum Chauſſeebau insbeſondere geltend machen wollen;

daß gleichwohl dieſer ſowohl, als jener, nach allgemeinen ſtaatsrechtlichen Grundſätzen zu den allen Staatsbürgern, als ſolchen, gemeinſchaftlich obliegenden Staatslaſten gehört, und in dieſer Eigenſchaft die Verbindlichkeit zur Landfolge begründet;

und daß inſonderheit der von den Appellaten ſelbſt in Bezug genommene Landtagsabſchied von 1764, §. 5, die Laſt dieſer Landesverbeſſerung ausdrücklich für eine ſolche erklärt, welche mit gleichen Schultern getragen werden muß;

daß aber eine allgemeine Befreiung von ſolchen gemeinſamen und mit den Vortheilen des Staatsvereins weſentlich und unzertrennlich verknüpften Staatslaſten mit dem rechtlichen Begriffe derſelben geradezu im Widerſpruche ſteht, mithin durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden kann,

und daß ohnehin ein unvordenklicher Beſitz gar nicht gedenkbar iſt, wenn die damit aufzuhebende Verbindlichkeit durch ein neueres Landesgeſetz begründet wurde, wie bei dem Landſtraßenbau überhaupt der Fall iſt, oder wenn ſolche eine erſt in neueren Zeiten getroffene Einrichtung, wie den Chauſſeebau, zum Gegenſtande hat;

daß auch die Unſtatthaftigkeit der unvordenklichen Verjährung zum Zwecke einer Befreiung

von der Concurrenz zum Straßenbau im Allgemeinen und nicht bloß in Beziehung auf gewiſſe Bezirke, ſo wie gegen die Verordnung vom 4. Januar 1746, durch das in der Sammlung der Landesordnungen abgedruckte Oberappellationsgerichts-Decret vom 28. Mai 1791 bereits formell ausgeſprochen iſt;

werden die vom Procurator Fisci gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß den Appellaten der ihnen von der Regierung auferlegte Beweis des unvordenklichen Beſitzes nicht mehr nachzulaſſen, mithin dieſelben mit der angeſtellten Klage abzuweiſen ſeyen."

Die Appellation der Kläger hingegen ward, mit Beziehung auf das vorſtehende Erkenntniß, und mit Genehmigung der Entſcheidungsgründe der Regierung, ſoweit ſie den Gegenſtand dieſer Berufung betreffen, durch ein Oberappellationsgerichts-Decret vom nämlichen Tage lediglich zurückgewieſen.

XVIII.

Ein Staatsdiener, welchem das mit ſeinem Amte verbundene Einkommen, in deſſen Genuſſe er ſich bisher befunden hat, ohne richterliches Urtheil vom Staate entzogen wird, kann die Wiedereinſetzung in daſſelbe im Wege des unbedingten Mandatsproceſſes auswirken.

Seit Malacord's wiſſenſchaftlicher Begründung einer verneinenden Beantwortung der Frage: ob ein Staatsdiener ohne gerechte Urſache und ohne richterliches Erkenntniß ſeiner Stelle entlaſſen und des damit verbundenen Gehalts beraubt werden könne? [a]) iſt auch nicht ein einziger namhafter Schriftſteller aufgetreten, welcher die Bejahung dieſer Frage aus rechtlichen Gründen zu vertheidigen unternommen hätte, ungeachtet gerade ſeit jener Zeit die publiciſtiſche Literatur mit Monographieen über das Rechtsverhältniß der Staatsdiener, und inſonderheit über die Zuläſſigkeit einer einſeitigen Aufhebung deſſelben, mehr, als über irgend einen ſonſtigen Gegenſtand von gleich beſchränktem Umfange, bereichert worden iſt. Zunächſt gehört dahin die ſehr berühmt gewordene Schrift Seufferts von dem Verhältniſſe des Staates und der Diener des Staates [b]); ihm folgte, theilweiſe widerlegend, von der Becke von Staatsämtern und Staatsdienern [c]); hierauf Biſchoff von den Staatsbeamten, ihren Rechten, Pflichten und Verhältniſſen zum Staate [d]); ſodann, mit ſpecieller Berückſichtigung der beiden

a) Malacord diss. de publicis officiis absque justa causa ejusque legali cognitione non auferendis. Gött. 1788.

b) Würzburg. 1793.

c) Heilbronn. 1797.

d) in deſſen Handb. d. teutſch. Canzleipraxis. Helmſt. 1798. Th. II. S. 175. ff.

erſtgenannten, Rönneberg über Dienſtentlaſſung und Dienſtaufkündigung [e]), „nach innerem Drange und Mitgefühl für die leidende Menſchheit geſchrieben“; nächſtdem Muſäus von Beſoldungen, Accidenzien und Befreiungen landesherrlicher Diener und Beamten [f]); zuletzt Gönner vom Staatsdienſte aus dem Geſichtspuncte des Rechts [g]). — Was Seuffert [h]) als die Hauptgrundlage ſeiner Ausführung der obigen Frage aufſtellt: „Der Diener des Staats erhält durch den Anſtellungsvertrag ein fortwährendes Recht, dem Staate beſondere Dienſte zu leiſten, welches ihm einſeitig nicht entzogen werden kann, mithin iſt die Entlaſſung widerrechtlich; unter Entlaſſung aber verſtehe ich eine Handlung, wodurch der Staat ſeinem Diener das von ihm bisher bekleidete Amt gegen ſeinen Willen, ohne vorhandenen oder doch nicht rechtlich unterſuchten Grund, ſammt der von ihm bezogenen Dienſtbeſoldung, abnimmt;“ — das iſt auch im Weſentlichen das übereinſtimmende Reſultat ſämmtlicher übrigen Schriftſteller, wenn ſie gleich in der Art der Begründung mehr oder weniger von einander abweichen. Hier eine concentrirte Ueberſicht der hauptſächlich entſcheidenden Gründe.

§. 1.

Unwiderruflichkeit der Staatsämter.

Die Verleihung eines Staatsamtes, d. h. eines ſolchen, wodurch dem Staate ſelbſt und ſeinem Zwecke gedient wird [i]), iſt ihrer Natur nach, und ſolange nicht ſpecielle Sachverhältniſſe eine Ausnahme begründen [k]), eine beſtändige und

e) Berlin 1799.

f) in deſſen Beiträgen zum teutſchen Rechte. Frankf. 1801. S. 5 ff.

g) Landshut 1808.

h) a. a. O. §. 76. u. 71.

i) „Der Regent vertraut dem Staatsdiener einen Theil der Regierung an, er nimmt ihn zum Gehülfen in ſeinem hohen Berufe auf:“ v. d. Becke a. a. O. §. 124. Leiſt Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 117.

k) quoad officia ad beneplacitum concessa vel ad certum tempus collata: Schlötzer Staatsanzeigen. B. VIII. S. 4. Malacord l. c. §. 4.

unwiderrufliche [l]), deren Dauer, ſolange der Beamte die dazu nöthige Fähigkeit beſitzt, nur mit deſſen Lebenszeit endet [m]); denn, indem der Staat von Demjenigen, welchen er in ſeinen Dienſt beruft, ſich ganz und mit allen Kräften dieſem Dienſte zu widmen, und auf jeden ſonſtigen Nahrungsſtand zu verzichten, fordert, verleihet er demſelben durch das mit dem Amte verbundene Dienſteinkommen ſelbſt einen Nahrungsſtand, der ihn der Sorge überhebt, ſich durch fernere eigne Bemühung die Mittel ſeines Unterhalts für jetzt zu erwerben und für die Zukunft zu ſichern. Auch würde der Staat ſeinem eignen Zwecke, die verliehenen Aemter beſtmöglichſt verſehen zu wiſſen, welches nur geſchehen kann, wenn jeder Beamte der Ausbildung für ſein beſonderes Fach ſeine volle Thätigkeit zuwendet, geradezu entgegen handeln, wenn er durch die Widerruflichkeit der Statsämter die damit verſehenen Beamten nöthigen wollte, neben dem Staatsdienſte fortwährend ihrer Ausbildung zu noch einem anderen Gewerbe, mittelſt deſſen ſie bei erfolgendem Widerruf ihren Unterhalt zu erwerben vermöchten, nicht minder emſig obzuliegen. Die Idee eines reinen Miethcontracts über Dienſte, deſſen willkührliche Auflöſung bei nicht beſtimmt verabredeter Dauer jederzeit geſchehen kann, iſt demnach hier völlig unanwendbar [n]), und mit Recht ſchildert es Seuffert [o]) als eine ſtaatsverderbliche Einrichtung, die Beamten des Staates als Miethlinge anzuſehen, welche von ihrem Herrn bezahlt werden, und nach Willkühr oder Laune entlaſſen werden können. „Nur wenn die Regenten — bemerkt

l) contractus perpetuus, reciprocus, et jus quaesitum unilateraliter irrevocabile: Schlötzer a. a. O. Rönneberg a. a. O. S. 128.

m) ſofern nämlich die Exiſtenz des Amtes mit einem permanenten Zwecke der Staatsregierung zuſammenhängt: Seuffert a. a. O. §. 13. v. d. Becke a. a. O. §. 63. Daher ſetzt Malacord l. c. voraus: perpetua officia, et officiales, qui officio constanti ordinario et sua natura perpetuo praeficiuntur. Gegenüber ſtehen Geſandſchaften und Commiſſionen. Cum autem — fährt Malacord, §. 9, fort — sermo sit de officio sua natura perpetuo, et illud regulariter per ministri *totum vitae cursum* durare debeat, illud ante ipsius mortem auferri nequit.

n) Malacord l. c. §. 9. Seuffert a. a. O. §. 1. u. 23. Muſäus a. a. O. §. 19. Majer Syſtem der Staatsregierung. §. 100.

o) a. a. O. S. 3 u. 141.

Häberlin [p]) — ihre Beamten unter die Kategorie von Kammerdienern und Lakaien verſetzen, kann ihnen die Befugniß, ſolche von ihrer Willkühr abhängig zu halten, nicht widerſprochen werden.“ Auch iſt es in der That nicht zuviel geſagt, wenn eben dieſer Schriftſteller [q]) im gereizten Rechtsgefühle äußert: „Hätte es mit dieſer Willkühr in der Entlaſſung des Dieners ſeine durchgängige Richtigkeit, ſo würde jeder vernünftige Vater wohl thun, ſeine Söhne lieber Karrenſchieber werden, als ſtudieren und ſich dem Staatsdienſte widmen zu laſſen.“ Die Verleihung auf Lebenszeit iſt daher bei allen ihrer Natur nach dazu geeigneten Aemtern, als ſtillſchweigende Bedingung des Dienſtvertrages zu betrachten. „Gerade daraus, — ſagt Benſen [r]) — daß kein Zeitraum für die Verwaltung des Amtes feſtgeſetzt worden iſt, ergiebt ſich, daß die Contrahenten die Bedingung vorausgeſetzt haben, das Amt werde auf Zeitlebens vergeben; zumal wenn dieſes der Obſervanz gemäß iſt, und alle Aemter auf dieſe Weiſe beſetzt werden.“

Demzufolge wird auch von den meiſten neueren Publiciſten, welche die Unwiderruflichkeit der Staatsämter — wenigſtens hinſichtlich des damit verbundenen Gehalts — als feſtſtehendes Princip des teutſchen Staatsrechts annehmen [s]), dieſer Grundſatz namentlich aus der obigen Deduction von einem durch den Staatsdienſt begründeten Nahrungsſtande abgeleitet. Beſonders ausführlich und gründlich geſchieht dieſes von Gönner in der angeführten Abhandlung [t]); doch auch vor ihm ſchon von Seuffert [u]), v. d. Becke [v]), Biſchoff [w]) und Rönne-

p) im Staatsarchive. B. XII. S. 891.

q) im Staatsarchive. B. X. S. 320.

r) ſyſtem. Entwickelung der Lehre v. d. Staatsgeſchäfften. Th. I. §. 155.

s) Häberlin Handb. d. teutſch. Staatsr. Th. II. S. 196. Waffenträger der Geſetze. H. IV. S. 3. ff. Gönner teutſch. Staatsrecht. §. 425. Leiſt Lehrb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 120. — Die älteren findet man ziemlich vollſtändig bei Schlötzer a. a. O. S. 6.

t) §. 50. ff.

u) a. a. O. § 21. 35. 79.

v) a. a. O. §. 74.

w) a. a. O. §. 81. 100.

berg [x]), welche ſämmtlich den hauptſächlichſten Grund der Verpflichtung des Staates zur angemeſſenen Beſoldung ſeiner Diener, und folgerungsweiſe der Unwiderruflichkeit des ihnen verſicherten Gehalts, darin ſetzen, daß denſelben durch ihre Erziehung und Vorbereitung zum Staatsdienſte die Fähigkeit zu den meiſten übrigen Erwerbszweigen entzogen, und ſie durch die Verwaltung des ihnen anvertrauten Amtes an der eignen Gewinnung ihres Unterhalts und der erlaubten Beförderung ihres Privatvortheils durch bürgerliche Gewerbe verhindert werden. Von gleichem Geſichtspuncte gehen unter den neueren auch v. Kamptz und v. Stein [y]) aus, indem ſie, zu Begründung der Entſchädigungs-Verbindlichkeit des Staates bei Aufhebung der einem Staatsdiener verliehenen Stelle, anführen: „der Staatsdiener, verbunden, ſich und ſeine Kräfte dem Staatsdienſte zu widmen, iſt dadurch abgehalten, durch den Betrieb anderer Geſchäffte zu erwerben und ſeinen Zuſtand zu verbeſſern." Auch gehört hieher eine Aeußerung von Schmalz [z]): „was allgemein für den Dienſt ſo vortheilhaft iſt, die Beamten dadurch an ihre Pflicht zu knüpfen, daß man Aemter mit ihrem Range und Einkommen auf Zeitlebens als Verſorgung ertheilt, das geſchieht ausdrücklich oder ſtillſchweigend faſt in allen Territorien Teutſchlands; und wer dem Amte die Ausſichten ſeines Lebens unter der Vorausſetzung deſſen, was gewöhnlich iſt, aufgeopfert hat, kann die Verſorgung, die ihm mit dem Amte ertheilt wurde, auch nur zur Strafe verlieren." Eben ſo urtheilt Häberlin *): „der Mann, welcher ſich von der Mutter Schooß an mit Mühe und Anſtrengung, und verbunden mit Aufopferung ſeines Vermögens, zum Staatsdienſte befähigt, nichts anders gelernt hat, um ſein Fortkommen zu gewinnen, fordert Unentlaßbarkeit." Und auch Majer [a]) gründet die Unzuläſſigkeit einer willkührlichen Dienſtentlaſſung darauf, daß die Privaten, welche ſich für den Staatsdienſt ausbilden, an der Betreibung ihrer eignen Individual-Angelegenheiten verhindert und unterbrochen werden, daher

x) a. a. O. §. 74.

y) über die Entſchädigungs-Berechtigung der Staatsdiener bei Aufhebung ihrer Stellen Frankf. 1808. S. 7.

z) Handb. d. teutſch. Staatsrechts. §. 259.

*) im Staatsarchive. B. XII. S. 189.

a) Syſtem der Staatsregierung. §. 98.

ſie dafür, daß ſie ſich dem Dienſte des Staates ganz ausſchließend widmen, eben darum aus den Einkünften des Staates beſoldet werden.

Zwar ſcheint mit dem Hauptreſultate dieſer Anſichten ein Staatsrechtsgelehrter von großem Anſehn, Klüber[b]), inſofern nicht überein zu ſtimmen, als er ſich, wiewohl ohne weitere Ausführung, für die Befugniß des Regenten zur anſtändigen Entlaſſung eines Staatsdieners erklärt; auch er bemerkt jedoch zugleich, daß, wenn die Suspenſion eines Staatsdieners während der Unterſuchung eines ihm zur Laſt gelegten Vergehens nicht durch den Richter verfügt worden ſey, der Staatsdiener von dieſem ein Erkenntniß auf Reſtitution und Ablieferung des rückſtändigen Gehalts zu erwarten habe. — Ueberdieß ſtehen jenem Reſultate noch andere Autoritäten zur Seite, denen ein weit höherer, als bloß literariſcher Werth, beigelegt werden muß, obgleich ſie von keiner unmittelbar verbindenden Anwendung ſind. So findet ſich ſchon vom Jahre 1732 eine kaiſerliche Verfügung an die herzogl. meklenburgſche Landesherrſchaft: „auf Conſervation der Bedienten im Lande, nach Befindung der Juſtiz und der Billigkeit gemäß, das iſt, ſolange ſie nicht etwas verbrechen, wodurch ſie die Abſetzung von ihren Bedienungen verdienen, zu gedenken“ [c]). — Ganz vorzüglich bemerkenswerth aber iſt ein im Jahre 1787 von der königl. preußiſchen Geſetzcommiſſion erſtattetes Gutachten[d]), worin von dem, auch bei dem Tribunal zu Berlin in einigen Fällen als geſetzmäßig angenommenen, Grundſatze ausgegangen wird: „daß officiales publici ohne gegründete Urſache nicht dimittirt werden können, weil dergleichen officia, non in certum diem collata, in perpetuum conferirt zu ſeyn erachtet werden;“ und wobei zugleich die Rückſicht nicht unbeachtet geblieben iſt, daß ein Staatsdiener, welcher ohne Beſtimmung einer Zeit, mithin auf beſtändig, zu einem officio angenommen wird, ſeine ganze Einrichtung in ſeinem Privatleben nach der Beſchaffenheit des ihm gegebenen officii, beſonders bei Heirathen, Erziehung der Kinder ꝛc. mache, und ſich nicht immer eine Gelegenheit

b) öffentl. Recht des teutſchen Bundes. §. 406. 408.

c) Rönneberg a. a. O. S. 81.

d) vollſtändig abgedruckt bei Malacord l. c. p. 27; das königliche Hofreſcript, wodurch dieß Gutachten genehmigt worden, in Klein Annalen d. Geſetzgebung. B. I. S. 301.

finde, durch eigne Hülfe das zu erſetzen, was er durch ein entzogenes Amt verliere, zumal gemeiniglich durch die dem Amte gewidmete Zeit die Zeit verfloſſen ſey, welche ſonſt dazu hätte angewendet werden können, ſich zu einem andern Amte oder Gewerbe vorzubereiten; daher denn auch ein ſolcher Fall mit den Rechten der Herrſchaften und Dienſtboten nicht gleich geachtet werden könne. — Endlich aber kann hier auch nicht die Analogie des Reichsdeputations-Hauptſchluſſes von 1803 unerwähnt bleiben, indem hierin, §. 59, durch die der geiſtlichen und weltlichen Dienerſchaft der abgehenden geiſtlichen Regenten gethane Zuſicherung der unabgekürzten lebenslänglichen Fortdauer ihres bisherigen Ranges, ganzen Gehalts, und rechtmäßiger Emolumente, oder einer für dieſe zu regulirenden Vergütung, [e]) die rechtliche Unſtatthaftigkeit einer einſeitigen Gehaltsentziehung ſelbſt in dem Falle, wo der Regent des Dienſtes ſelbſt nicht mehr bedarf, im Grundſatze anerkannt worden iſt, wie ſich noch deutlicher aus den dieſem Beſchluſſe vorhergegangenen Abſtimmungen der reichsſtändiſchen Deputirten [f]) ergiebt. [g])

Nimmt man nach dieſem Allem als Princip an, daß in der Regel ein jedes Staatsamt als unwiderruflich verliehen zu betrachten, mithin dem Beamten dadurch ein lebenslängliches Recht auf den damit verbundenen Gehalt erworben ſey, ſo folgt hieraus nothwendig, daß über die Entziehung dieſes wohlerworbenen Rechtes, wie in jedem anderen Falle, wo ein ſolches Recht zur Conteſtation kommt, nur im förmlichen Wege Rechtens verfahren und erkannt werden könne [h]), daß

e) Leiſt teutſch. Staatsrecht. Anh. S. 64. — Auch beſtätigt durch die wiener Congreßacte von 1815. Art. 45. N. 5.

f) v. Kamptz u. v. Stein a. a. O. §. 4.

g) Daß ſelbſt Ludwig XI. von Frankreich, nachdem er mit voller Willkührlichkeit ſeine Regierung begonnen hatte, doch bald nachher ein Geſetz erließ: daß Niemand ſein Amt anders ſollte verlieren können, als nach ordentlichem Urtheil und Recht, und wenn auch der König ſelbſt dagegen handle, ſolches nichtig ſeyn ſolle: Spittler Geſch. d. europ. Staaten. Th. I. S. 191, verdient gewiß auch nicht unerwähnt zu bleiben.

h) Neurath diss. de cognitione et potestate judiciaria in causis politiae. §. 8. not. x. Malacord l. c. §. 24. In einem Reichshofraths-Erkenntniſſe bei Schlötzer a. a. O. S. 51, wird inſonderheit die Unterſuchung der einem Beamten angeſchuldigten Vergehen als „ein Gegenſtand, welcher lediglich ad forum justitiae gehöre“, ausdrücklich bezeichnet.

demnach jede einſeitige Dienſtentlaſſung, inſonderheit mit Entziehung des Dienſteinkommens, als factiſcher Eingriff in die dem Staatsbeamten zuſtehenden Rechte anzuſehen ſey, und hierdurch für dieſen eine Klage auf Wiedereinſetzung in den ohne Richterſpruch entzogenen Gehalt rechtlich begründet werde [i]).

§. 2.

Reichsgerichtliche Praxis.

Alle dieſe bisher vorgetragenen Grundſätze und Folgerungen finden aber auch ihre volle Beſtätigung in der gleichförmigen Praxis des ehemaligen Reichskammergerichts, wovon Häberlin [k]) als Reſultat aushebt, daß zwar, wo eine Temporal-Aufkündigung dem Dienſtvertrage einverleibt ſey, der Herr ſich ihrer nach Wohlgefallen bedienen könne, und dem Diener nur ein vorwurfsfreies Entlaſſungs-Decret ſchuldig ſey, daß hingegen, ohne den Vorbehalt der Aufkündigung, keine willkührliche Dienſtentlaſſung juſtificabel ſey, und wenigſtens nur dann dem Herrn frei ſtehe, wenn er dem Diener die volle Beſoldung laſſe, oder nach den Umſtänden eine zureichende Penſion auswerfe. — Vielfältige Belege dieſer Praxis, deren Abweichungen faſt nur die Form der Procedur betreffen, findet man hauptſächlich in den Werken des vormaligen Reichskammergerichts-Aſſeſſors von Cramer, und bei einigen anderen nicht minder bewährten Schriftſtellern; ſie laſſen ſich überhaupt in drei Claſſen zuſammenfaſſen: 1) Beiſpiele, wo von dieſem Reichsgerichte gegen einſeitige Dienſtentlaſſung, ohne vorgängige Unterſuchung rechtlicher Gründe und resp. ohne Aufkündigung, wo dieſe vorbehalten war, die Wiedereinſetzung in Amt oder Gehalt erkannt worden [l]); 2) Beiſpiele, wo dergleichen Fälle inſonderheit zum Mandatsproceſſe, und namentlich zu Erkennung der mandata inhibitoria de

non

i) Die Anwendung hiervon auf Dienſt-Verſetzungen bei Benſen a. a. O. §. 154.

k) im Staatsarchive. B. X. S. 320. — S. auch Seuffert a. a. O. §. 83.

l) Cramer observationes jur. univ. T. III. obs. 807. 824. Deſſelb. wetzlar. Nebenſtunden. Th. XXXVIII. N. 5. §. 8. Lynker de gravamine extrajudiciali. p. 219. Schlötzer a. a. O. S. 43. — S. auch Krauſe Abhandl. a. d. deutſch. Staatsrechte. B. I. S. 184.

non via facti sed juris procedendo, geeignet gehalten worden [m]); und 3) Beiſpiele, wo ſofort mandata sine clausula, mit denen doch das Reichskammergericht gegen Reichsſtände nicht leicht vorzuſchreiten pflegte, erlaſſen worden ſind [n]). — Zu leugnen iſt es dagegen zwar nicht, daß der Reichshofrath die Sache im Ganzen viel ungünſtiger für die Staatsbeamten angeſehen hat, und wenigſtens in ſeinen Erkenntniſſen über dieſen Gegenſtand immer ſchwankend geweſen iſt [o]); allein bekannt iſt es auch, daß man den Reichshofrath, als vom kaiſerlichen Hofe in manchem Betracht abhängig, in ſeinen Entſcheidungen über die inneren Territorialverhältniſſe der teutſchen Staaten und über die Rechte der Unterthanen gegen die Landesfürſten nie als Quelle der Präjudizien für die Landesgerichte anerkannt hat; außerdem aber fehlt es auch nicht an Beiſpielen, wo ſelbſt der Reichshofrath, im Falle die Entlaſſung nicht mittelſt eines ehrenvollen Abſchiedes ertheilt, oder wegen angeſchuldigter Vergehen ohne legale Unterſuchung verfügt worden war, die Wiedereinſetzung des Entlaſſenen in ſein Amt und Dienſteinkommen verfügte [p]), und zu dieſem Zwecke ſelbſt rescripta oder mandata sine clausula de non via facti sed juris procedendo erkannte [q]).

m) Cramer opuscula. T. IV. p. 478. 489. Deſſelb. Nebenſtunden. Th. XXXVIII. N. 5. §. 2. u. 7. Th. XXXIX. N. 7. Schlözer a. a. O. S. 32.

n) Cramer opuscula. T. IV. p. 481. *Ejusd.* observat. T. II. obs. 628. Deſſelb. Nebenſtunden. Th. CXXIII. S. 447. 451; auch Th. LXIV. S. 71. cf. Blum processus cameralis. Tit. 34. §. 150.

o) Häberlin Staatsarchiv. B. XII. S. 189. v. Rieffel Reichshofrath in Juſtizſachen. Th. I. N. 50. Dieſer letztere Schriftſteller billigt jedoch ausdrücklich die gegentheilige Anſicht des Reichskammergerichts, mit dem Beifügen: „denn meiſtentheils iſt ein ſolcher Diener ohne anderen Tadel, als etwa, daß ſeine Redlichkeit zu groß geweſen; oft ohne Kräfte, welche er von Jugendjahren dem Lande gewidmet; ohne Vermögen, welches ihm ſeine Treue und Juſtizeifer zu ſammeln unterſagte!“

p) Moſer von der Landeshoheit in Regierungsſachen. Cap. 2. §. 51. S. 129. u. Anh. S. 415. Deſſelb. Zuſätze zum neuen teutſch. Staatsrecht. B. II. S. 1038. 1053. Häberlin Staatsarchiv. B. X. S. 324. 331.

q) Cramer opuscula. T. IV. p. 412. Häberlin a. a. O. S. 329. 340. 344. Als namentliches Beiſpiel dient ein im Jahre 1776 von dem Reichshofrath erlaſſenes „mandatum inhibitorium, cassatorium, et restitutorium S. C. dahin, den Impetranten alſogleich in das ihm zur Ungebühr abgenommene Amt mit allen zuſtändigen

Nach der Periode aber, in welche alle dieſe Erkenntniſſe noch fallen, hat jene kammergerichtliche Praxis eine höchſtwichtige reichsgrundgeſetzliche Beſtätigung durch die beiden jüngſten Wahlcapitulationen erhalten, indem es darin [r]), auf Veranlaſſung der vom Kaiſer Joſeph geſchehenen Entlaſſung zweier Reichshofräthe, den folgenden Kaiſern zur eidlich angelobten Pflicht gemacht wurde, keinen Reichshofrath ſeiner Stelle anders, als nach vorhergegangener richterlichen Cognition und darauf erfolgtem Spruche Rechtens, zu entſetzen. — Daß dieſe, ihrer Veranlaſſung nach auch den Fall der einfachen Entlaſſung begreifende [s]), reichsgeſetzliche Beſtimmung eine ſehr bündige Analogie für das rechtliche Verhältniß der Staatsdiener in den einzelnen teutſchen Staaten überhaupt abzugeben geeignet war, iſt wohl nicht zu verkennen [t]), ſo wie es nicht fehlen konnte, daß dieſelbe weſentlich dazu werde beigetragen haben, der Praxis der Reichsgerichte fürs Künftige eine noch größere Gleichförmigkeit und Stetigkeit rückſichtlich der von ihnen zu erkennenden Wiederaufhebung ſolcher Dienſtentlaſſungen, welche nicht im Wege der gerichtlichen Cognition erfolgt ſind, zu verleihen [u]).

Auch aus dieſer ſpäteren Zeit laſſen ſich mehrere Fälle anführen, wo inſonderheit das Reichskammergericht ganz in dieſem Sinne ferner entſchieden hat. Dahin gehört zunächſt der bekannte Fall der Dienſtentlaſſung des Hofrichters von Berlepſch, in welchem das Reichskammergericht am 20. Jun. 1797 ein Pönalmandat dahin erließ: nicht factiſch, ſondern im Wege Rechtens zu verfahren, und den Impetranten in ſeine bisher bekleideten öffentlichen Staatsämter und den Ehren, auch Gehalt und Nutzungen, wieder einzuſetzen, die noch rückſtändige Beſoldung zu bezahlen, nicht weniger alle Proceß- und andere Koſten abzutragen, auch künftig gegen den Impetranten nicht via facti, sed juris, zu verfahren:“ Moſer Zuſätze. B. II. S. 1039.

r) Art. 24. §. 10.

s) Rönneberg a. a. O. S. 72. Not. *.

t) „Was dem Kaiſer Pflicht ſeyn ſoll, muß auch anderen Fürſten Teutſchlands heilige Pflicht ſeyn:“ Seuffert a. a. O. §. 82. Rönneberg a. a. O. S. 73.

u) Seuffert a. a. O. §. 83. Rönneberg a. a. O. S. 70. 75. Muſäus a. a. O. S. 69.

Genuß aller Utenſilien zu reſtituiren [v]). Sodann vom Jahre 1803 ein mandatum de manutenendo sine clausula, auf Anſuchen eines Amtſchreibers erlaſſen, welchem eine Dienſtaufkündigung mit vierteljähriger Friſt und halbjährigem Gehalt angeboten und im Falle der Nichtannahme die Dienſtentlaſſung angedroht war [w]). In der neueſten Zeit hat ſich jedoch die Praxis des Reichskammergerichts beſtimmter dahin ausgebildet, daß den Staatsdienern nur auf die ihnen zugeſicherte Beſoldung, nicht aber auf Beibehaltung des Staatsamtes [x]), ein Recht zugeſtanden worden iſt. Dieß beweiſen zwei Fälle aus dem letzten Lebensjahre dieſes Reichsgerichts, deren einer von Gönner [y]) aufgezeichnet worden iſt, der andere aber in einer der nachher mitzutheilenden, bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel entſchiedenen, Sachen als hauptſächlicher Beleg citirt wird [z]).

§. 3.

Unbedingte Mandate.

Die Erkennung unbedingter Mandate in dergleichen Fällen, ſo wie inſonderheit, wenn einem Staatsdiener ohne richterliches Urtheil ſein Dienſteinkommen entzogen worden, läßt ſich aber auch gar leicht theoretiſch rechtfertigen. Der hauptſächlichſte unter den geſetzlichen Gründen zu einem unbedingten Mandat iſt, zufolge der Reichskammergerichts-Ordnung von 1555, Th. 2. Tit. 23 *), daß die Sache oder Handlung, wegen deren das Mandat nachgeſucht wird, an ſich

v) Rönneberg a. a. O. S. 126. Not. 3. Daß dieß Mandat durch den von Hannover ergriffenen Recurs an den Reichstag in ſeiner Vollziehung gehemmt worden, kommt hier nicht in Betracht.

w) Häberlin Staatsarchiv. B. XII. S. 194 ff.

x) Dieß erklärt ſich hauptſächlich aus dem oben S. 224 u. 240 Geſagten.

y) im juridiſchen Archiv. B. V. S. 513.

z) „Der bekannte Mandatsproceß des Canzleidirectors Bergſträßer gegen den Grafen zu Erbach, wo erſterer zwar in den Genuß ſeiner Beſoldung, aber nicht des Dienſtes, wieder eingeſetzt, und dem Grafen überlaſſen worden, die jenem gemachte Beſchuldigung von einer unpartheiiſchen Commiſſion unterſuchen zu laſſen.“

*) Neue Samml. d. Reichsabſchiede. Th. III. S. 101.

ſelbſt von Rechts oder Gewohnheits wegen verboten, und, wo dieſelbe begangen worden, auch ohne einiges weitere Erkenntniß für ſtrafwürdig und unrechtmäßig zu halten ſey; oder, wie es die älteren Proceſſualiſten zu bezeichnen pflegen, ein factum nullo jure justificabile [a]). Dieſer Ausdruck beſchränkt jedoch die Ertheilung eines unbedingten Mandats in ſolchem Falle keineswegs auf die Vorausſetzung, daß eine Juſtification der rechtswidrigen Handlung auch nicht einmal durch ganz neue Thatſachen, wozu der Vortrag des Imploranten nicht nur keinen Stoff darbietet, ſondern welche auch damit im Widerſpruche ſtehen würden, als möglich gedacht werden könne; vielmehr widerlegt ſich die Nothwendigkeit dieſer Vorausſetzung vollkommen durch Dasjenige, was Gönner [b]) von dem Weſen des unbedingten Mandats ſagt, indem er nämlich die geſetzliche Bedingung deſſelben lediglich darin ſetzt, daß dem Antrage des Klägers, die Wahrheit des Factums vorausgeſetzt, keine rechtliche Einrede im Wege ſtehe [c]), worüber zugleich dem Richter durch die mit der Klage verbundenen Beſcheinigungen eine ſolche Ueberzeugung beigebracht werden muß, daß er das Gegentheil zwar noch als möglich denken kann, aber den vom Kläger erzählten Fall ſo lange für wahr annehmen muß, bis das Gegentheil dargethan würde.

Ein zum unbedingten Mandat qualificirtes factum nullo jure justificabile iſt es daher ganz gewiß, wenn ein Staatsdiener, dem, ſo wie nach allgemeinen Grundſätzen, inſonderheit auch nach den Geſetzen ſeines Landes, nicht ohne Urtheil und Recht ſein rechtmäßiges Dienſteinkommen entzogen werden kann, eine ſolche Entziehung behauptet, und nicht nur, daß ihm der angegebene Dienſtgehalt vom Staate zugeſichert, ſondern daß ihm ſolcher auch ohne vorgängigen Richterſpruch vorenthalten ſey, beſcheinigt [d]); denn was den Geſetzen zufolge nur im Wege

a) Pufendorf introd. in process. civil. P. I. cap. 4. §. 29. Pütter epit. process. imperii. §. 207.

b) Handb. d. Proceſſes. Th. I. Abh. 7. §. 10.

c) „ut ex ipsa, *quam implorans proposuit*, specie facti praevideri non possint exceptiones juris obstantes:“ Tafinger instit. jurisprudentiae cameralis. T. II. §. 533.

d) „Wenn einer unrechtmäßiger Weiſe von ſeinem Amte abgeſetzt worden, kann dem Kläger mit einem mandato S. C. ex capite facti nullo jure justificabilis zu ſtatten

Rechtens ſeine Erledigung erhalten kann, läßt ſich, wenn es de facto geſchahe, durch keine rechtliche Einrede vertheidigen, indem gerade über den Grund ſolcher Einreden durch den Richterſpruch erſt hätte erkannt werden müſſen; sigillatim nempe quod attinet ad facti vias, eas quomodocunque ad evitandas semper omni jure judex mandata sine clausula decernit, siquidem nunquam eas exceptione defendi posse facile praevidet [e]). Daß aber in einem ſolchen Falle de facto verfahren worden, muß, wenn der Kläger, daß die Entziehung geſchehen, und daß ſie ohne Richterſpruch geſchehen iſt, beſcheinigt hat, ſo lange angenommen werden, bis von dem Verklagten das Gegentheil, inſonderheit daß der Kläger noch andere facta verſchwiegen, oder die vorgetragenen entſtellt habe, dargethan ſeyn wird, wozu ihm, jedoch erſt nach Erlaſſung des Mandats, die exceptiones sub- et obreptionis zum Zwecke der Zurückziehung deſſelben, offen ſtehen [f]).

Wenn nun aber gleich via facti, und zwar ohne Unterſchied der Gattung, sive in spolio sive quacumque alia turbatione consistat [g]), der gewöhnlichſte Grund zu Erlaſſung eines unbedingten Mandats iſt [h]), ſo iſt er doch keineswegs der einzige, vielmehr reicht dazu nach der Reichskammergerichts-Ordnung, deren Beſtimmungen ſich in den meiſten Particular-Geſetzgebungen wiederholt finden [i]), namentlich auch die ganz allgemeine Vorausſetzung eines unerſetzlichen Schadens und einer Gefahr beim Verzuge hin, ohne daß hierbei die verſchiedene Natur des klägeriſchen Anſpruchs — ob derſelbe poſſeſſoriſch oder petitoriſch, ob auf ein dingliches oder bloß perſönliches Recht gegründet ſey, [k]) —

gekommen werden:“ Moſer Einleit. zum Reichshofraths-Proceß. Th. II. Cap. 2. §. 66. Auch Ludolf comment. syst. de jure camerali, p. 151, ſetzt dazu nur voraus: ut sine ullo juris ordine aliquis ab officio removeatur. S. auch Schlözer a. a. O. S. 33. Rönneberg a. a. O. S. 129 ff.

e) Pütter epit. proc. imp. §. 209.

f) Tafinger l. c. §. 539. Grolmann Theor. d. gerichtl. Verfahrens. §. 234 b.

g) Pütter l. c.

h) Tabor de exceptionibus fori declinatoriis in proc. mandati S. C. §. 4.

i) in Kurheſſen z. B. durch die Untergerichts-Ordn. v. 1732. Art. 2. §. 2. (L. O. IV. 131.)

k) Tafinger l. c. §. 562—565.

einen Unterſchied bewirke; in quocumque obligationis genere mandatum sine clauſula poteſt locum habere, quatenus generatim quocumque modo facti contrarii et defectus exceptionum judex certior reddi poteſt [1]). — Gefahr beim Verzuge und ein (wenigſtens reſpectiv) unerſetzlicher Nachtheil wird aber gewöhnlich in allen den Fällen, wo einem Staatsdiener, deſſen einzigen Nahrungsſtand ſein Amt nebſt dem damit verbundenen Gehalte ausmacht, dieſer entzogen wurde, eintreten, mithin der hierdurch begründete Anſpruch auf Wiedereinſetzung in den entzogenen Gehalt bis zum Austrag der Sache auch in dieſer Rückſicht als völlig geeignet zu Erlaſſung eines unbedingten Mandates erſcheinen.

§. 4.

Spolienklagen.

Außerdem aber läßt ſich der Weg des unbedingten Mandatsproceſſes für den hier im Allgemeinen vorausgeſetzten Fall auch noch von einer anderen Seite her rechtfertigen; inſofern nämlich, als man in der factiſchen Entziehung desjenigen Dienſteinkommens, in deſſen ungeſtörtem Genuſſe ein Beamter ſich bisher befunden hat, ein wahres Spolium finden zu können glaubt. Dieſer Eigenſchaft ſtehet zwar auf den erſten Blick die Natur des der Uebertragung und Annahme eines Staatsamtes zum Grunde liegenden Vertragsverhältniſſes, welches in der Regel nur einen perſönlichen Rechtstitel bildet, und in dieſer Eigenſchaft ein Poſſeſſorium zu begründen überall nicht fähig iſt, entgegen. Gleichwohl ſtellt die ganz beſondere Beſchaffenheit des hier vorliegenden Rechtsverhältniſſes daſſelbe unter einen ſo eigenthümlichen Geſichtspunct, daß der Titel ſeiner Zuſtändigkeit gar wohl einem urſprünglich dinglichen an die Seite geſetzt, mithin die Ausübung des dadurch begründeten Rechts als wirklicher Beſitz im rechtlichen Sinne betrachtet werden kann; und ſo viel wenigſtens iſt gewiß, daß das canoniſche Recht dieſe Anſicht vorzugsweiſe begünſtigt. Daſſelbe behandelt nämlich die geiſtlichen Pfründen, indem es das Kirchenamt, womit dieſelben unwiderruflich verbunden ſind, als den Titel ihrer Perception anſieht, wie dingliche, mit dem Nieß-

1) Pütter l. c. §. 214.

brauche zu vergleichende, Rechte, ſelbſt wenn ſie in baarem Gelde beſtehen. Virtute plenae provisionis adquiritur jus in ipso beneficio, ſagt G. L. Böhmer[m]), und hierin ſind auch die übrigen Schriftſteller über das canoniſche Recht mit ihm völlig einverſtanden, wenn ſie gleich über die beſondere Natur des dem Beneficiaten hierdurch erworbenen dinglichen Rechtes nicht ganz einig ſind. Böhmer ſelbſt nennt es ein jus utendi fruendi, und, hiermit übereinſtimmend, nimmt auch Schmalz[n]) an, daß die Rechte und Pflichten des Beneficiaten ganz nach den Regeln über den Uſusfruct im bürgerlichen Rechte beurtheilt werden müſſen. Mehr für die Qualität von Lehnsnutzungen entſcheidet ſich J. H. Böhmer[o]), und dieſes paßt ſehr gut zu der dem canoniſchen Rechte eignen Anſicht der Einweiſung des Beneficiaten in den Genuß der Pfründe als einer Inveſtitur mit derſelben[p]). Am richtigſten iſt wohl, was von Wieſe[q]) über die Natur dieſes Rechtsverhältniſſes bemerkt wird: „Der Pfründner erhält nach den Geſetzen ein jus utendi fruendi, einen Nießbrauch, aber die rechtliche Idee dieſer römiſchen Servitut paßt doch nicht ganz, da der Pfründner den Aufwand auf die Subſtanz zu tragen nicht verbunden iſt. Daß er auf allen Fall ein dingliches Recht auf die Pfründe erhalte, iſt nicht zu bezweifeln. Die Pfründe kann aber auch bloß in baarer Hebung oder Salair beſtehen.“ — Dieſer dinglichen Eigenſchaft entſprechend wird auch in dem canoniſchen Rechte, ſowohl nach der geſetzlichen Quelle, als nach der päbſtlichen Interpretation, der Genuß einer Präbende als Gegenſtand des juriſtiſchen Beſitzes behandelt; Beiſpiele von der Anwendung der Spolienklage auf dieſelbe geben cap. 2. 3. 9. X. *de restit. spoliat.*, und ebenſo beſtimmen die als allgemeine Vorſchriften für die Praxis angenommenen päbſtlichen Canzleiregeln, daß ein nicht gewaltſamer ununterbrochener dreijähriger Beſitz dem Geiſtlichen ein vollkom-

m) princ. juris canonici. §. 656.

n) im Handbuch des canoniſchen Rechts. §. 354.

o) jus ecclesiast. protest. Lib. III. tit. 5. §. 159.

p) Wieſe Handb. des Kirchenrechts. B. II. §. 218.

q) a. a. O. §. 237.

menes Recht erwerbe, ſo wie ein gleicher einjähriger Beſitz Schutz gegen jeden Andern, der nicht ein beſſeres Recht ausführt, verleihen ſoll r).

So wie aber das canoniſche Recht, welches ſeinen Beſtimmungen durchgehends nur kirchliche Inſtitute zum Grunde legt, deſſen ungeachtet auf ähnliche weltliche Verhältniſſe allgemein angewendet wird, ſo widerſtrebt es den Grundſätzen von der Rechtsanalogie auch wohl nicht, Dasjenige, was darin von geiſtlichen Pfründen verordnet wird, auch auf weltliche Aemter, ſoweit dieſelben in ihrer rechtlichen Anſicht mit jenen verglichen werden können, in Anwendung zu bringen s), mithin auch weltliche Aemter, denen der Character der Unwiderruflichkeit zukommt, als Titel der lebenslänglichen Beziehung des damit verbundenen Gehalts, und dieſen ſelbſt als ein dem Nießbrauche zu vergleichendes, quaſidingliches, Recht zu behandeln t), mithin gegen factiſche Störungen in dieſer Beziehung auch poſſeſſoriſche Rechtsmittel, inſonderheit die Spolienklage, zu verſtatten u); welcher Schlußfolge ſelbſt die Praxis des Reichskammergerichts v), und des Reichshofraths w), zur Beſtätigung dient.

§. 5.

r) Wieſe a. a. O. §. 218.

s) Majer Syſt. d. Staatsregierung. §. 100; wo derſelbe das Feudalſyſtem, und „hiermit ganz analogiſch das Beneficial-Syſtem im Kirchen-Staate", als Baſis des rechtlichen Verhältniſſes der Staatsdiener zum Regenten darſtellt. Hiſtoriſch erläutert ſich dieſes durch die Bemerkung von Krauſe in den Abhandl. a. d. deutſch. Staatsrechte. B. I. S. 151, daß das Syſtem, wonach öffentliche Aemter zu Lehen ertheilt worden, ehedem allgemein unter den teutſchen Völkerſchaften geherrſcht habe; daher derſelbe auch „lehnmäßige oder Aemter altteutſcher Art" als gleichbedeutend nennt (S. 160.). S. auch Beck de paribus miniſtri et vaſalli juribus. Jen. 1721.

t) wozu auch die urſprüngliche Beſchaffenheit der Dienſtgehalte, welche ehedem in der Benutzung von Grundſtücken beſtanden: Seuffert a. a. O. §. 22., einen weiteren Grund abgiebt.

u) „Agit quis actione ſpolii, quatenus de quaſipoſſeſſione officii dejectus eſt; competunt enim ei remedia poſſeſſoria, videlicet unde vi et alia:" Blum proceſſus cameralis. Tit. 24. §. 151. Schlötzer Staatsanzeigen. B. VIII. S. 19. Muſäus a. a. O. S. 85.

v) Cramer Nebenſt. Th. XXXVIII. Abh. 5. §. 2. a. E. Th. CXXIII. Abh. 3. Moſer a. a. O. Cap. 3. §. 35. S. 183.

w) Schlötzer a. a. O. S. 49.

§. 5.

Proviſional-Verfügungen.

Noch giebt es ein drittes Fundament für den, zu Wiedererlangung des Genuſſes der einem Staatsdiener ohne richterlichen Spruch vom Staate entzogenen Dienſteinkünfte einzuſchlagenden, Weg des unbedingten Mandatsproceſſes, nämlich die Eigenſchaft dieſes Dienſteinkommens als Alimente. Daß dieß Fundament, wenn überhaupt zu ſolchem Zwecke, wenigſtens nur mit gewiſſen Modificationen anwendbar ſey, iſt klar; auch wird es deſſelben, unter Vorausſetzung der Richtigkeit der obigen Ausführung, neben den beiden anderen — via facti überhaupt und Spolium insbeſondere — nicht leicht bedürfen; eine ſpecielle Veranlaſſung, davon hier noch zu reden, bietet aber ein nachher mitzutheilendes Obergerichts-Erkenntniß dar, welches eben auf dieſes Fundament die erkannte Fortbezahlung des Gehaltes während des Proceſſes gebaut hatte.

Die einer Forderung zukommende Eigenſchaft von Alimenten erwirbt derſelben bekanntlich einen Anſpruch auf ſchleunige Abhülfe durch ein Proviſorium, auch wenn das Recht deſſen, welcher die Alimente fordert, noch einer weiteren Erörterung unterworfen iſt; inſonderheit findet eine Proviſionalverfügung zu Fortentrichtung von Alimenten, in deren Genuſſe man ſich ſchon befunden hat, nicht nur in dem Falle ſtatt, wenn die Verbindlichkeit zur Verabreichung derſelben noch von factiſchen Bedingungen, z. B. dem Bedürfniſſe des zu Unterhaltenden, abhängig iſt, ſondern auch, wenn, bei einmal vorhandener Verbindlichkeit, nun darüber, ob dieſelbe nicht wieder aufgehört habe, geſtritten wird [x]). Eine Proviſionalverfügung aber iſt ſchon als ſolche zu Erlaſſung eines Mandats, und namentlich auch eines unbedingten Mandats, beſonders geeignet, und es bemerkt daher Grolmann [y]) ſehr richtig, nicht nur, daß dergleichen Verfügungen gewöhnlich in der Form von Mandaten erlaſſen werden, ſondern auch, daß von den 4 reichsgeſetzlichen Fällen des unclauſulirten Mandats die drei letzten ihrer Natur nach nur proviſoriſche und interimiſtiſche Befehle veranlaſſen [z]). Daher auch

x) Gönner Handb. d. Proceſſes. Th. IV. Abh. 79. §. 29.

y) Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 237. Not. 1.

z) Ebendaſ. §. 231. Not. 1. S. 495.

bei den Reichsgerichten die Leiſtung von Alimenten als ſpecieller Gegenſtand der unbedingten Mandatsertheilung betrachtet wurde *).

Unter dieſer Vorausſetzung fragt es ſich daher nur, ob und inwiefern dem Dienſteinkommen eines Staatsdieners die Eigenſchaft von Alimenten beigelegt werden könne. Im Allgemeinen ſpricht dafür ſchon der oben entwickelte Grundſatz, daß der Gehalt eines Staatsbeamten nicht als gemeiner Lohn für Dienſte — merces pro locatione operarum — anzuſehen ſey, ſondern als unmittelbare Entſchädigung für den einem ſolchen durch Uebertragung des Staatsdienſtes entzogenen anderweiten Nahrungsſtand, oder vielmehr als Aequivalent dieſes Nahrungsſtandes, mithin effectiv ſelbſt als ein ſolcher, betrachtet werden müſſe. Als Gegengrund ſcheint nun zwar geltend gemacht werden zu können, daß der Staatsdiener, welchem, mit Entlaſſung von ſeiner Amtsfunction, ſein Dienſteinkommen entzogen wird, darum noch nicht der Alimente bedürftig ſey, vielmehr in der Regel im Stande ſeyn werde, auf andere Weiſe, durch körperliche Arbeit oder allenfalls durch Abſchreiben, ſeinen nothdürftigſten Unterhalt zu erwerben; wie denn auch Schweppe [a]) als allgemeines Princip aufſtellt, daß nur ſolche Perſonen alimentirt werden, welche weder von ihrem eignen Vermögen, noch von ihrer Hände Arbeit, leben können. Allein die Geſetzſtelle [b]), welche er für die letztere Bedingung anführt, hat lediglich den Fall, wo der zu Alimentirende ein Handwerker war, vor Augen; ſonſt aber ſteht es geſetzlich feſt, daß bei dem Anſpruche auf Alimente der Stand des zu Unterhaltenden weſentlich zu berückſichtigen ſey [c]); auch reicht, um dieſen Anſpruch auszuſchließen, nicht ſchon die ideelle Möglichkeit des Unterhaltserwerbes mittelſt einer dazu in abstracto geeigneten Qualität, z. B. der eines Gelehrten, welcher durch Unterricht oder Schriftſtellerei den Unterhalt zu erwerben fähig wäre, hin, ſondern es muß auch im concreten Falle der mit einer ſolchen Qualität Verſehene ſich wirklich im Stande befinden, jene Möglichkeit zu realiſi-

*) Blum l. c. §. 149. Ludolf de jure camerali. p. 150. Moſer Reichshofraths-Proceß. Th. I. Cap. 9. §. 65.

a) römiſches Privatrecht. §. 642.

b) l. 5. § 7. D. *de agn. et al. libb.*

c) l. 1. §. 19. D. *de ventre in poss.* l. 14. D. *de ann. legat.*

ren; worauf auch beiſpielsweiſe die erſtgedachte Geſetzſtelle in den Worten: si modo in ea valetudine est, ut operis sufficere possit, beſtimmt genug hinweist.

Uebrigens aber verſteht es ſich von ſelbſt, daß in den mehrſten Fällen nicht dem ganzen Dienſteinkommen, in welchem gewöhnlich der eigentliche Dienſtgehalt von bloßem Standesgehalt wird unterſchieden werden können [d]), die Eigenſchaft von Alimenten beigelegt werden könne; vielmehr factiſch ausgemittelt werden müſſe, welcher Theil deſſelben zum ſtandesmäßigen Unterhalt des Staatsdieners und ſeiner Familie erforderlich ſey. Schon in dieſer Hinſicht wird von dieſem beſonderen Fundamente des unbedingten Mandatsproceſſes, neben den beiden anderen, welche an eine ſo beſchränkende Vorausſetzung nicht gebunden ſind, nur ſelten in der Anwendung Gebrauch gemacht werden.

§. 6.

Kurheſſiſches Recht.

Dieß die Grundſätze des gemeinen Rechts in Teutſchland; mit ihm ſteht auch das kurheſſiſche Recht, wie es in Geſetzen ausgeſprochen und durch die Praxis des oberſten Gerichtshofes weiter ausgebildet iſt, in vollem Einklange. Eine formelle Anerkennung des Princips der Unwiderruflichkeit, in der beſonderen Anwendung auf das Richteramt, enthält ſchon die Verordnung vom 14. Decemb. 1802 [e]), wodurch die bei der Beſtellung der Gerichtshalter von Seiten der mit Patrimonialjurisdiction verſehenen Gutsbeſitzer üblich geweſene Aufkündigungsclauſel, weil von derſelben der nachtheiligſte Einfluß auf eine gute unpartheiiſche Gerechtigkeitspflege zu beſorgen ſtehe, nicht allein für die Zukunft gänzlich unterſagt, ſondern auch in Anſehung derjenigen Gerichtshalter, welche ſich ihr bereits unterworfen hätten, für unwirkſam und aufgehoben erklärt wird. Weiter noch gehet in Anſehung des Princips, wiewohl mit der localen Beſchränkung der unmittelbaren geſetzlichen Gültigkeit auf die ſtandesherrlichen Bezirke, die wegen der daſigen Gerichtsverfaſ-

d) Gönner vom Staatsdienſte. Anh. S. VI. Klüber öffentl. Recht des teutſchen Bundes. §. 407. Not. b.

e) Samml. d. Landesordn. B. VIII. S. 106.

ſung erlaſſene Verordnung vom 31. Decemb. 1816 [f]), worin §. 12 feſtgeſetzt iſt, daß die Entlaſſung eines ſtandesherrlichen Dieners nur aus hinreichenden Rechtsgründen und nach vorhergegangener Unterſuchung von der gehörigen Gerichtsſtelle erkannt werden dürfe. Sodann aber tritt vor Allem entſcheidend hervor die allgemeine Verfügung des Haus- und Staats-Geſetzes vom 4. März 1817 [g]), deſſen 13ter § die beruhigende Sanction enthält: „Kein Staatsdiener darf ohne Urtheil und Recht ſeiner Stelle entſetzt, oder demſelben ſein rechtmäßiges Dienſteinkommen entzogen werden!“

Aber ſchon lange vorher, ehe dieſes Geſetz verkündet worden, hatten die vaterländiſchen Gerichte, und inſonderheit das Oberappellationsgericht, ſich zu den oben entwickelten Grundſätzen bekannt, und der Praxis des Reichskammergerichts in aller Beziehung auch die ihrige nachgebildet. — Den älteſten hierher einſchlagenden Fall enthält die gedruckte Sammlung der Oberappellationsgerichts-Deciſionen [h]), in welchem ſchon von dem Referenten als völlig unzweifelhaft angenommen wurde, daß eine remotio ab officio nicht anders, als praevia causae cognitione, erfolgen könne, und nur eine dimissio (ehrenvoller Abſchied), wenn ſie tempestive geſchehe, von dem Willen des Herrn abhänge; welches letztere jedoch nicht nur von dem 1ſten Correferenten in Zweifel gezogen, ſondern von dem 2ten, mit Beziehung auf die Reichskammergerichts-Praxis, geradezu in Abrede geſtellt, vielmehr daß das Dienſtverhältniß in der Regel auf Lebenszeit eingegangen werde, und mit einem gewöhnlichen Miethcontracte nicht verglichen werden könne, behauptet worden iſt.

Auf dieſe Deciſion gründet ſich ſodann eine weitere, ebenfalls in jener Sammlung [i]) befindliche, wodurch zwar dem ſeines Dienſtes Entlaſſenen die Wiedereinſetzung in die active Verſehung deſſelben verſagt wurde, jedoch nur aus dem Grunde, weil hier keine remotio ab officio, welche absque justa causa et

f) Geſetzſamml. v. 1816. S. 182.

g) Geſetzſamml. v. 1817. S. 29.

h) T. I. dec. 93.

i) T. III. dec. 127.

praevia ejus cognitione nicht geſchehen könne, und keine mit Verluſt des Gehalts verknüpfte Entlaſſung oder Suspenſion, ſondern nur eine honesta dimissio, wie bei Jedem der mit Beibehaltung ſeines vollen Gehalts auf Penſion geſetzt werde, vorhanden ſey, der in Amt und Beſoldung eingeſetzte Staatsdiener aber auf nichts weiter ein vollkommenes Recht habe, als auf die Verhandreichung der ihm verſprochenen Beſoldung, ohne ſeinen Principal zwingen zu können, ihn auch die Amtsgeſchäffte, wofür ihm die Beſoldung ausgeworfen ſey, verrichten zu laſſen.

Vorzüglich intereſſant iſt ſodann ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 26. Jun. 1805 k), wo, auf die wegen Dienſtentſetzung eines Förſters ohne Unterſuchung von demſelben erhobene Spolienklage, der Kläger von der Regierung zu Caſſel per mandatum sine clausula bei dem Genuſſe ſeiner Beſoldung, Ausübung ſeines Förſterdienſtes, und Beziehung der Accidenzien, manutenirt, und demnächſt auch durch Beſcheid im Beſitz der befragten Förſterſtelle geſchützt, von dem Oberappellationsgerichte aber, dem letztgedachten Präjudiz entſprechend, erkannt wurde, daß zwar die von Seiten des Verklagten ohne vorgängige Unterſuchung decretirte Dienſtentſetzung wieder aufzuheben, und demzufolge dem Kläger die etwa ſeit jener Zeit vorenthaltene Beſoldung, Accidenzien und Emolumente, ſammt dem durch deren Zurückbehaltung verurſachten Schaden und Proceßkoſten, praevia liquidatione unaufhaltlich zu bezahlen und resp. zu erſetzen, derſelbe auch ſofort in den Bezug alles Desjenigen, was er ſeines Dienſtes wegen vor der anmaßlichen Dienſtremotion zu genießen gehabt, wieder einzuſetzen, dem Verklagten jedoch nicht nur unbenommen ſey, eine rechtliche Unterſuchung wegen des Klägers vorhinnigen Dienſtbenehmens, und was ihm hierbei als Vergehung allenfalls zur Laſt fallen möchte, legali modo zu bewirken, ſondern ihm auch überlaſſen bleibe, ob er immittelſt den Dienſt von dem Kläger, oder, ohne deſſen Schaden und Nachtheil, von einem Andern verſehen laſſen wolle. — Das beſondere Intereſſe dieſes Erkenntniſſes liegt nun aber darin, daß 1) dabei, obgleich hier bloß von der Anſtellung eines Officialen durch einen Privatgutsbeſitzer, wo alſo noch viel eher, als bei

k) in der Sache v. Dallwigk g. Fink.

dem Staatsdienſte, an eine locatio conductio operarum gedacht werden könnte, die Rede war, und dennoch ganz ausdrücklich die vom zweiten Correferenten in der angeführten 93ſten Deciſion aufgeſtellten Principien als die unzweifelhaft richtigen zum Grunde gelegt, und demnach angenommen worden, daß die Dienſtbeſtellung ſich ipso jure auf Zeitlebens verſtehe, und nicht einmal eine bloße Dimiſſion nach Wohlgefallen habe ertheilt werden können; 2) daß man bei der Entſcheidung hauptſächlich von den Vorausſetzungen eines Spoliums, possessio et improba dejectio, ausgegangen iſt, und 3) daß man ſich ausdrücklich zu der von der Anſicht des Reichshofraths abweichenden Reichskammergerichts-Praxis bekannt hat [l]).

Unmittelbar bezüglich auf das Erkenntniß in dem eben erwähnten Falle iſt ferner eine Entſcheidung des Oberappellationsgerichts vom 4. Febr. 1807 [m]), wo nun ſchon der Satz: daß ein officialis absque causae cognitione et sine justa causa ſeiner Dienſte nicht entlaſſen, viel weniger entſetzt, werden dürfe, als bereits feſtſtehend vorausgeſchickt, und hiernach die Appellation gegen einen Regierungs-Beſcheid abgeſchlagen wurde, wodurch auf eine ähnliche Klage dem verklagten Gutsbeſitzer aufgegeben worden, den Kläger bei ſeinem Förſterdienſte mit der damit verbundenen Beſoldung und übrigen Emolumenten zu laſſen, demſelben auch die Proceßkoſten zu erſtatten.

Aus der neueren Zeit verdient außerdem noch, wiewohl in einer allgemeineren Beziehung, beſondere Erwähnung ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 24. Jun. 1820 [n]), bei deſſen Ertheilung von dem Grundſatze ausgegangen wurde, daß ſelbſt diejenigen niederen Staatsbedienungen, welche nicht von dem Landesherrn unmittelbar, ſondern von einer oberen Staatsbehörde, beſetzt werden, eine lebenslängliche und daher unwiderrufliche Anſtellung, wenigſtens der Vermuthung nach, und ſo lange nicht ein gegentheiliger Vorbehalt erwieſen wird, begründen.

l) mit Beziehung auf den oben S. 291. Not. z. erwähnten Fall.

m) in der Sache v. Buttlar g. Hellwig.

n) in der Sache: Kurheſſiſche Poſtverwaltung g. Kuhfuß.

Zu einer vollſtändigeren Mittheilung geeignet aber ſind folgende drei Fälle aus der neueſten Zeit, wovon die beiden erſten für die Zuläſſigkeit einer Spolienklage, und zwar der eine in Beziehung auf eine geiſtliche Pfründe, der andere auf ein weltliches Amt, zum Belege dienen, der dritte aber die Erkennung eines unbedingten Mandats auf Entrichtung ſowohl des laufenden, als rückſtändigen, Gehalts eines Staatsdieners, bis zu erfolgtem Richterſpruche über deſſen Entlaſſung, im Allgemeinen rechtfertigt. Dieſer letztere Fall kann jedoch, obwohl er ſeiner juriſtiſchen Geſtaltung nach das bedeutendſte Intereſſe gewähren möchte, in ſeinen factiſchen Momenten um deßwillen nur fragmentariſch mitgetheilt werden, weil er gegenwärtig noch im Wege der gerichtlichen Unterſuchung anhängig iſt.

I.

Der Canonicus L. zu Fulda hatte während einiger Jahre aus dem Fonds des daſigen Landkrankenhauſes, welchem die Einkünfte des ehemaligen Stifts Hünfeld überwieſen worden, eine „etatsmäßige“ Penſion (wie ſie in der darüber vorgelegten Beſcheinigung genannt wurde) von 750 Gulden jährlich bezogen; es war ihm dieſelbe aber vom Jahre 1821 an verweigert worden.

Deßhalb erhebt er eine Spolienklage wider das Landkrankenhaus, mit der Bitte um ein unbedingtes Mandat. Das Obergericht erläßt jedoch ſolches nur cum clausula, und auch das Oberappellationsgericht beſtätigt dieſes mittelſt Decrets vom 16. März 1822, weil von einem Beſitze und einer Spolienklage nur alsdann die Rede ſeyn könne, wenn der fragliche factiſche Zuſtand ſich auf ein Realrecht gründe, dieſes aber in dem vorliegenden Falle von dem Kläger nicht einmal behauptet worden, und auch durch die der Klage beigefügte Beſcheinigung nur die bisher geſchehene Bezahlung der Penſion, nicht aber der Grund des Anſpruchs ſelbſt, dargethan ſey.

Nunmehr bemühet ſich der Kläger, bei dem Obergerichte die rein dingliche Qualität ſeines Anſpruches dadurch nachzuweiſen, daß er, mit Beziehung auf den Reichsdeputations-Hauptſchluß von 1803, §. 66, ein Decret der Fuldaiſchen Landesadminiſtration vom 1. Aug. 1808 vorlegt, durch welches ihm, nachdem er ſich wegen erlangter Weihe des Subdiaconats

legitimirt habe, von der Präbende des geweſenen Hünfelder Stiftsdechants B. die Penſionsſumme von 750 Gulden dergeſtalt zugeſichert wird, daß dieſelbe ihm durch die Adminiſtration des Landkrankenhauſes aus dem Hünfelder Stiftsfonds auszuzahlen ſey; wobei jedoch vorbehalten iſt, daß, wenn B. die dieſer Sache halber gemachte Reclamation fortſetzen ſollte, er das Weitere mit demſelben auszuführen habe.

Hierauf erkennt das Obergericht am 11. Sept. 1822 das gebetene unbedingte Mandat auf ſofortige Wiedereinſetzung des Klägers in den ihm entzogenen Beſitz des Penſionsgenuſſes und fernere Bezahlung derſelben. Als aber das verklagte Inſtitut hiergegen vorſtellt, es ſey der Vortrag des Klägers in der Hinſicht mangelhaft und unrichtig, daß derſelbe nur in die als vacant angenommene Penſion des Exdechanten B. eingerückt ſey, und ſeine deßfalſigen Anſprüche mit dieſem auszufechten gehabt habe, daß aber B. nachher ſelbſt wieder die auf jenen übertragene Penſion durch Urtheil und Recht errungen habe, mithin hierdurch die früherhin angenommene Vacanz als nicht vorhanden ausgeſprochen ſey; ſo erkennt das Obergericht durch Beſcheid vom 14. März 1823, daß das von dem Kläger erlangte unbedingte Mandat wieder aufzuheben ſey. In den Entſcheidungsgründen wird zwar die angeſtellte Spolienklage unter der Vorausſetzung, daß des Klägers Anſpruch titulo fundationis auf dem Hünfelder Stiftsvermögen ruhe, und demnach als Reallaſt der dazu gehörigen Grundſtücke anzuſehen ſey, für an ſich begründet, jedoch um deßwillen nicht zum unbedingten Mandatsproceſſe geeignet gehalten, weil das beigebrachte Penſionsdecret nur die Auszahlung aus dem Hünfelder Stiftsfonds verfüge, bloß hieraus aber die dingliche Natur des klägeriſchen Anſpruchs nicht gefolgert werden könne, mithin ein weſentliches Erforderniß der Spolienklage, das Daſeyn eines juriſtiſchen Beſitzes, nicht ſofort liquid geſtellt worden ſey.

Das Oberappellationsgericht aber ertheilte, auf die hiergegen von dem Kläger ergriffene Berufung, am 27. Septemb. 1823 das nachſtehende reformatoriſche Decret:

„In Erwägung, daß die vom Appellanten vermöge des Uebertragungs-Decrets vom 1. Auguſt 1808 bezogene Penſion demſelben in der Eigenſchaft einer Capitelspfründe des ſecularisirten Stifts Hünfeld, aus dem Stiftsfonds zahlbar, zugeſichert worden, dieſe Eigenſchaft der befragten Penſion auch appellatiſcher Seits gar nicht beſtritten wird;

daß aber der Genuß von dergleichen Pfründen ihrer eigenthümlichen Beſchaffenheit nach vermöge eines dinglichen Rechtes competirt;

und hierin der Umſtand, daß ſolche dermalen nur unter dem Titel von Penſionen, in Gemäßheit des Reichsdeputations-Hauptſchluſſes von 1803, verliehen werden, um ſo weniger

einen

einen Unterſchied zu begründen vermag, da nach eben dieſem Reichsſchluſſe, §. 54, den nachrük-kenden Stiftsgeiſtlichen ganz gleiche Rechte mit denjenigen zuſtehen ſollen, welche ſchon damals ſich in dem wirklichen Genuſſe der Pfründen befanden;

daß hiernach die vom Appellanten angeſtellte Klage als Spolienklage rechtlich begründet, und durch das appellatiſche Eingeſtändniß der eigenmächtigen Beſitzentſetzung auch in facto nachgewieſen, mithin die Erkennung des unbedingten Mandats als vollkommen gerechtfertigt erſcheint;

und daß hiergegen die Einreden des Appellaten nicht in Betracht kommen, da ſie eines-theils in dieſem Mandatsproceſſe nur als exceptiones sub- et obreptionis ſtatthaft ſeyn würden, als ſolche aber lediglich die Wahrheit des vom Kläger vorgetragenen Factums, nicht aber die hieraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen, betreffen können, gleichwohl die beiden jenen Einreden zum Grunde gelegten Thatumſtände, daß die vom Appellanten bezogene Pen-ſion ein Theil der als vacant vorausgeſetzten B.ſchen Präbende ſey, und daß ihm dabei zur Bedingung gemacht worden, wegen einer etwaigen Reclamation des B. das Weitere mit demſelben auszufechten, aus der von dem Appellanten ſelbſt producirten Uebertragungsurkunde, worauf das unbedingte Mandat ertheilt worden, klar hervorgingen,

anderntheils aber auch gegen die erhobene Spolienklage keine ſolche Einreden, welche bloß von dem Rechte des Spolianten an und für ſich hergenommen ſind, ſondern nur diejenigen, welche die factiſche Realiſirung dieſes Rechts, mit Vorbeigehung der gerichtlichen Hülfe, zu rechtfertigen vermöchten, zugelaſſen werden können, die appellatiſchen gleichwohl ſich nur auf das vertragsmäßige Recht der Wiederentziehung des dem Appellanten einmal zugeſtandenen Be-ſitzes gründen;

werden, mit Aufhebung des Obergerichts-Erkenntniſſes vom 14. März d. J., die vom Procurator S. gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen: daß das am 11. Sep-tember v. J. erkannte unbedingte Mandat lediglich zu beſtätigen, der Appellat aber mit ſei-nen Einwendungen zur beſonderen Ausführung zu verweiſen ſey.“

2.

Dem Gräflich J.ſchen Rath und Kammeranwalt F. zu M. war bei deſſen im Anfange des Jahres 1817 erfolgten Anſtellung als Canzleirath, neben dem mit dieſer Stelle verbun-denen Gehalt, die Beibehaltung der aus der Kammercaſſe ſeither bezogenen Natural-Beſol-dung durch eine Verfügung der Gemahlin des Grafen Carl Ludwig Wilhelm zu J., welche in deſſen Auftrag die Regierungsgeſchäffte führte, aus beſonderer Rückſicht zugeſichert worden.

Nachdem F. dieſe Natural-Beſoldung bis Ende Juni wirklich empfangen hatte, ward von dem über den genannten Grafen wegen deſſen Gemüthskrankheit inmittelſt angeordneten Curator, aus dem Grunde, weil er die bisherigen Kammerconſulenten für unthunlich und und überflüſſig halte, der Rentkammer die Zurückziehung der von jenem als Kammerconſulenten bezogenen Beſoldung befohlen.

Hiergegen ſtellt nun F. eine Spolienklage wider den gräflichen Curator an, darauf gegründet, daß er aus dem durch die ununterbrochene und regelmäßige Beziehung der ihm jetzt verweigerten Naturalbeſoldung begründeten Beſitzſtande, nach dem §. 12 der Verordnung vom 31. Decemb. 1816 und §. 13 des Haus- und Staatsgeſetzes vom 4. März 1817, nicht eigenmächtig habe entſetzt werden dürfen, weßhalb er dem Verklagten durch ein mandatum sine clausula aufzugeben bitte, ihn unverweilt in den Genuß jener Beſoldung wieder einzuſetzen, ihm auch alle durch das Spolium zugefügten Schäden und Koſten zu erſetzen.

Der Verklagte erwidert (ſo weit es hier darauf ankommt): 1) der Kläger könne als Mitglied der Juſtizcanzlei dem Amte als Kammerconſulent, inſonderheit auch nach Vorſchrift der hanauiſchen Hofgerichtsordnung, Tit. II, §. 16 und 17, worin den Mitgliedern der Dicaſterien jede Veranlaſſung zur Störung ihrer richterlichen Amtsverwaltung unterſagt werde, nicht mehr gehörig vorſtehen, dem Verklagten aber nicht zugemuthet werden, denſelben für ein Amt zu bezahlen, deſſen Geſchäffte er wegen anderer Dienſtverhältniſſe nicht verſehen könne; 2) ſey die von der Gemahlin des Grafen Carl Ludwig Wilhelm geſchehene Verwilligung nicht dazu geeignet, einen Beſitz für den Kläger zu begründen, da die derſelben von ihrem Gemahl ertheilte Vollmacht ſie zur Ausſetzung von Beſoldungen nicht ermächtigt habe; 3) ſey auf den Kläger nach der Natur des behaupteten Amts die Vorausſetzung des Beſitzes einer Beſoldung gar nicht anwendbar, da er als Kammerconſulent zu den Staatsdienern, wovon jene Verordnungen reden, gar nicht gehöre, und der von ihm in Anſpruch genommene Gehalt nichts anders, als eine Averſionalſumme für Advocaturarbeiten, ſey.

Das Hofgericht zu Hanau weist hierauf durch Beſcheid vom 9. Decemb. 1820 den Kläger, unter Verurtheilung in die Proceßkoſten, mit der angeſtellten Klage ab, weil derſelbe durch Antretung der Canzleirathsſtelle ſein bis dahin als gräflicher Kammeranwalt bekleidetes Amt aufgegeben habe, und nach Vorſchrift der Hofgerichtsordnung habe aufgeben müſſen, ſonach auf die dafür bezogene Beſoldung keinen Anſpruch mehr machen könne, mithin die angeſtellte Klage ſich lediglich auf die von der Gemahlin des Grafen zu F. erfolgte Verwilligung gründe, dieſe aber nach dem Inhalte der jener ertheilten Vollmacht unbefugter Weiſe geſchehen, und

daher für den Curator nicht verbindlich ſey, demnach die Spolienklage, da keine unrechtmäßige Entziehung eines Beſitzes vorhanden ſey, als unbegründet erſcheine.

Das Oberappellationsgericht erkannte jedoch, auf die an daſſelbe von dem Kläger ergriffene Berufung, reformatoriſch dem Antrage der Klage gemäß, nur mit Vergleichung der Proceßkoſten; durch nachſtehendes am 12. Septemb. 1821 ausgeſprochenes Decret:

„In Erwägung, daß die Klage des Appellanten durch ſeinen, vom Appellaten nicht beſtrittenen, zur Zeit der Entſetzung gehabten Beſitz der Stelle und der damit verbundenen Beſoldung begründet iſt;

daß die Einreden des Appellaten theils petitoriſche, theils gegen die Rechtmäßigkeit des Beſitzes gerichtet, mithin ſolche ſind, welche, da ſie nicht ſofort liquid erſcheinen, und der Appellant ſich nicht darauf eingelaſſen hat, in dieſem Verfahren nicht berückſichtigt werden können;

daß mithin, und weil der Spoliirte vor allen Dingen zu reſtituiren iſt, wenn es auch dem Appellaten überlaſſen bleibt, ob er dem Appellanten noch weitere Dienſtverrichtungen übertragen will, er denſelben jedoch in den Genuß der ihm eigenmächtig, und der Verordnung vom 31. Decemb. 1816, §. 12., zuwider, entzogenen Beſoldung wieder einzuſetzen, und den erweislichen Schaden zu erſetzen ſchuldig, übrigens aber zum Rechtswege zu verweiſen iſt;

werden die vom Procurator G. gebetenen Appellations-Proceſſe dergeſtalt abgeſchlagen, daß, mit Aufhebung des Erkenntniſſes des hanauer Hofgerichts vom 9. Decemb. 1820, der Appellat den Appellanten in den Genuß der bisher gezogenen Naturalbeſoldung wieder einzuſetzen, und die bisher fällige zu entrichten, auch den ihm durch die geſchehene eigenmächtige Entſetzung verurſachten erweislichen Schaden zu erſetzen, anzuweiſen, die Proceßkoſten voriger Inſtanz zu vergleichen, und der Appellat in den ordentlichen Rechtsweg gegen den Appellanten zu verweiſen ſey.“

3.

Gegen einen mit einem ſtändigen Gehalte angeſtellten Lehrer geſchieht von Seiten der ihm vorgeſetzten Behörden bei dem Staatsminiſterium wiederholt die Anzeige, daß derſelbe durch Trunkenheit und unſittliches Betragen ſich des ihm anvertrauten Amtes unwürdig mache. Mehrere an ihn erlaſſene Anmahnungen und Warnungen bleiben ohne Erfolg, und nun wird derſelbe, zu Vermeidung einer förmlichen Unterſuchung, die ſeine ganze bürgerliche Exiſtenz bedroht haben würde, durch jene bedeutet, daß man ihn von einem beſtimmten Zeitpuncte an als außer Dienſt betrachten werde, und er ſich daher um ein anderes Unterkommen bemü-

hen möge. Von dieſem Zeitpuncte an wird auch der von ihm ſeither bezogene Gehalt nicht weiter ausgezahlt.

Mehrere Monate nachher ſtellt er ſodann, mit Beziehung auf das Haus- und Staats-Geſetz von 1817, eine Klage wider den Staatsanwalt auf Wiedereinſetzung in die Rechte ſeiner Stelle, beſonders in Anſehung des geſammten Dienſteinkommens, an; zugleich bittet er um proviſoriſche Verfügung der ſofortigen Auszahlung nicht nur des Rückſtandes ſeiner Beſoldung, ſondern auch der ferner fällig werdenden Beträge bis zu entſchiedener Sache; dieſe Bitte ſucht er im Allgemeinen dadurch, daß gegen ein ausdrückliches Geſetz bloß de facto wider ihn verfahren worden, und insbeſondere durch die dem Dienſtgehalt zukommende Beſtimmung von Alimenten, mit Rückſicht auf ſeine gerichtskundige Dürftigkeit, zu rechtfertigen.

Hierauf erläßt das Obergericht, bei welchem die Klage anhängig gemacht worden war, ein mandatum cum clausula auf den Hauptgegenſtand derſelben, giebt aber zugleich dem Verklagten auf, dem Kläger den ihm bewilligten monatlichen Gehalt von der Zeit der angeſtellten Klage an bis zum Ausgange der Sache einſtweilen auszahlen zu laſſen.

Gegen dieſe Zahlungsverfügung kommt der Verklagte mit einem Geſuche um deren Aufhebung als unſtatthaft und erſchlichen ein, indem er anführt: der Kläger ſey nicht de facto, ſondern nach vorgängiger Unterſuchung (im adminiſtrativen Wege), von ſeiner Stelle entfernt worden, wozu, bei deſſen notoriſcher Sittenloſigkeit, der Staat ohne förmlichen Richterſpruch berechtigt geweſen ſey; der Beſoldung komme auch die Eigenſchaft von Alimenten nicht zu, vielmehr ſey dieſelbe nur eine Vergütung für den Dienſt; überdieß könne der Kläger einen Quaſibeſitz der Beſoldung nicht einmal geltend machen, indem er ſeine Entlaſſung dadurch angenommen habe, daß er ſich nach derſelben entfernt, auswärtige Dienſte geſucht, und ſeit $\frac{1}{2}$ Jahre ſeine Amtsgeſchäffte nicht verrichtet habe; endlich ſey das ohne Clauſel erlaſſene Mandat nicht begründet, da weder eine Gefährde der öffentlichen Ruhe, noch Beſorgniß eines unwiderbringlichen Schadens, noch ein ſonſtiger daſſelbe qualificirender Umſtand, vorhanden ſey, überhaupt auch von einem Verluſte, bei der geſetzlich zu präſumirenden Zahlungsfähigkeit des Fiscus, keine Rede ſeyn könne.

Das Obergericht beſtätigt jedoch durch Beſcheid vom 13. Decemb. 1823 die erlaſſene Proviſional-Verfügung, aus folgenden Erwägungsgründen: daß der Kläger durch die ſeiner Klage in beglaubter Abſchrift beigefügten allerhöchſten Reſcripte ſeine Ernennung zum . . . mit einem monatlichen Gehalte von . . . nachgewieſen habe; — daß die Verſagung der bewilligten Beſoldung nur als Folge einer richterlichen auf geſetzlichem Wege erfolgten Dienſtentſetzung eintreten könne; — daß des Klägers Anſpruch auf die Auszahlung ſeiner Beſoldung demnach

rechtlich begründet, und hinlänglich beſcheinigt ſey; — daß ferner derſelbe, da er notoriſch und nach dem beigebrachten Zeugniſſe, von eigenem Vermögen entblößt, in Armuth lebe, einer ſchnellen Hülfe zu ſeinem einſtweiligen Unterhalte bedurft habe, wenn er nicht einer ſein Leben oder doch ſeine Geſundheit in Gefahr ſetzenden Noth ausgeſetzt bleiben ſollte; — daß es ſchon im Allgemeinen im Endzwecke der richterlichen Gewalt liege, bei außerordentlichen Umſtänden zur Abwendung unerſetzlichen Schadens ſchleunig wirkende zweckliche Verfügung zu treffen, und die Untergerichtsordnung im Art. 2. §. 2. ausdrücklich die Gefahr ſolchen Schadens als einen zureichenden Grund zur Erlaſſung eines unbedingten Befehls dem Richter an Hand gebe; — daß die dringende Gefahr bei denjenigen Sachen insbeſondere, welche den Lebensunterhalt betreffen, ſchon in ihrem Begriffe ſich darlege; — und daß endlich die vom Verklagten vorgeſchützte Einrede, der Kläger habe ſeine Entlaſſung angenommen, als mit nichts beſcheinigt, in dieſem Verfahren nicht berückſichtigt werden könne.

Gegen dieß Erkenntniß ergreifen beide Theile die Berufung an das Oberappellationsgericht; der Verklagte, weil das vom Gegner erſchlichene Proviſorium beſtätigt; der Kläger aber weil daſſelbe nicht auch auf den bei Anſtellung der Klage bereits rückſtändigen Gehalt ausgedehnt worden ſey. Die Berufung des Verklagten wird jedoch durch nachſtehendes am 20 März 1824 ausgeſprochenes Oberappellationsgerichts-Decret lediglich zurückgewieſen:

„In Erwägung, daß ſchon nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen die Verleihung eines Staatsdienſtes als auf Lebenszeit ertheilt zu betrachten, mithin einer willkührlichen Zurücknahme nicht unterworfen iſt;

daher die Auflöſung eines ſolchen Dienſtverhältniſſes gegen den Willen des Staatsdieners nur aus rechtlichen Gründen und mittelſt eines Richterſpruches erfolgen,

demſelben auch inſonderheit das mit der Staatsbedienung verbundene Einkommen nicht anders, als auf eben ſolchem Wege, entzogen werden kann,

und daß, wenn einem Staatsdiener bloß factiſch ſein Dienſteinkommen entzogen worden, auf die von demſelben erhobene Spolienklage, die vorläufige Wiedereinſetzung in deſſen Genuß von den Gerichten ſofort zu erkennen iſt;

welchen Grundſätzen in der Anwendung ein vielfach beſtätigter Gerichtsgebrauch ſowohl des ehemaligen Reichskammergerichts, als des Oberappellationsgerichtes ſelbſt, zur Seite ſteht;

daß überdieß durch das kurfürſtliche Haus- und Staats-Geſetz vom 4. März 1817, §. 13, ausdrücklich verordnet iſt, daß kein Staatsdiener ohne Urtheil und Recht ſeiner Selle entſetzt, oder demſelben ſein rechtmäßiges Dienſteinkommen entzogen werden dürfe;

daß demnach, wenn dieſem Geſetze zuwider eine bloß factiſche Entziehung erfolgt iſt, die mit einer deßhalbigen Nachweiſung verbundene Klage des Verletzten ſich zu Ertheilung eines unbedingten Mandats eignet, indem gegen formelle Geſetzwidrigkeit rechtliche Einreden gar nicht gedenkbar ſind;

daher auch das auf die Beſchwerde des Appellaten über ein ſolches de facto wider ihn ſtattgefundenes Verfahren, bei der in der amtlichen Wiſſenſchaft des Obergerichts beruhenden Gewißheit des Mangels eines vorausgegangenen Richterſpruchs, von letzterem erlaſſene Mandat auf einſtweilige Fortentrichtung ſeines Gehalts als vollkommen gerechtfertigt erſcheint,

und, wenn gleich der Appellant hiergegen mit der Einwendung, es ſey das unbedingte Mandat durch unrichtige oder unvollſtändige Darſtellung des Sachverhältniſſes erſchlichen worden, nicht enthört werden konnte,

derſelbe jedoch in dieſer Hinſicht, ohne die Anſtellung des Appellaten mit dem von ihm angegebenen Gehalt, oder deſſen Entlaſſung ohne Richterſpruch, in Abrede zu ſtellen, ſich darauf lediglich beſchränkt hat, die von dem Appellaten geſchehene freiwillige Annahme der Entlaſſung zu behaupten,

daß er gleichwohl dieſe Behauptung ſo wenig auf erhebliche Thatſachen geſtützt, als mit dem alsbald erforderlichen Beweiſe verſehen hat;

in Erwägung endlich, daß der von dem Appellanten in dieſer Inſtanz hauptſächlich noch geltend gemachte Umſtand, daß der Gehalt des Appellaten zum größten Theile nicht aus der Staats= ſondern aus der . . . Caſſe entrichtet worden, als durchaus unerheblich erſcheint, da die beiden Reſcripte, worin dem Appellaten der ganze von ihm in Anſpruch genommene Gehalt zugeſichert worden, von dem allerhöchſten Landesherrn unmittelbar ertheilt ſind;

werden die vom Staatsanwalte Rath H. gebetenen Appellations=Proceſſe abgeſchagen.“

Dagegen erfolgt auf die Berufung des Klägers am nämlichen Tage ein reformatoriſches Decret folgenden Inhalts:

„Mit Beziehung auf die in dem abſchriftlich beigefügten Decrete auf die gegentheilige Appellation enthaltenen Entſcheidungsgründe,

und da hiernach die Wiedereinſetzung eines Staatsdieners in den Genuß ſeines ohne Richterſpruch ihm entzogenen rechtmäßigen Dienſteinkommens alles Dasjenige begreift, was demſelben auf ſolche Weiſe factiſch entzogen worden iſt,

mithin namentlich auch den bis zu Anſtellung der Klage ſchon fällig gewordenen, aber nicht bezahlten, Theil ſeines Gehaltes;

werden die vom Procurator H. gebetenen Appellations-Proceſſe mit der Verordnung abgeſchlagen, daß dem Appellaten auch die vorläufige Auszahlung des bis zum November vorigen Jahres noch rückſtändigen Gehalts des Appellanten an dieſen aufzugeben ſey "

Die ganze bisherige Ausführung, nebſt ihren practiſchen Belegen, beruhte weſentlich auf der Vorausſetzung, daß das der Klage zur Begründung dienende Factum der geſchehenen Auszahlung des dem Kläger nachher entzogenen Gehalts auf einem ſo unzweifelhaften Rechtstitel beruhe, daß die Entziehung ohne Richterſpruch ſich ſofort als formell widerrechtliche Handlung darſtelle, und daß inſonderheit, wenn von dem Kläger die Spolienklage erhoben worden, jener Rechtstitel ſich zu Begründung eines quaſidinglichen Anſpruches auf die Fortdauer des Gehaltes, nach den obigen Beſtimmungen, qualificire; indem ohne dieſes letztere Erforderniß, und alſo unter Vorausſetzung eines bloßen Obligations-Rechtes, kein juriſtiſcher Beſitz gedenkbar, alſo auch keine Spolienklage zuläſſig ſeyn würde; ohne jenes erſtere aber die Sache zum unbedingten Mandatsproceſſe um deßwillen nicht geeignet ſeyn könnte, weil es an der nothwendigen Bedingung der Bitte um ein ſolches Mandat, einer Nachweiſung des wirklichen Daſeyns eines durch das Factum des Gegners geſtörten Rechtszuſtandes, alſo, in der beſonderen Anwendung auf das vorliegende Verhältniß, des vor der factiſchen Entziehung des Gehaltes wirklich gehabten Rechts auf deſſen Beibehaltung fehlen würde. In dieſer zwiefachen Rückſicht kann daher inſonderheit einen ſolchen Staatsdiener, welcher von einem vorherigen Landesfürſten, in Anſehung deſſen eine rechtliche Nachfolge des gegenwärtigen Regenten noch beſtritten und von einer ſchwierigen juriſtiſchen Erörterung abhängig iſt, angeſtellt wurde, und unter der Regierung des jetzigen nur zufolge der proviſoriſchen Fortdauer des Verwaltungszweiges, in welchem er angeſtellt war, einige Zeit hindurch in ſeinen Functionen gelaſſen worden iſt, auf jenem Wege nicht geholfen werden, am wenigſten auf eine von ihm angeſtellte Spolienklage, da die rechtliche Fortdauer ſeines vorher etwa gehabten Beſitzes an und für ſich offenbar altioris indaginis, und daher nur zu einem petitoriſchen Verfahren geeignet, die proviſoriſche Beibehaltung aber nur ein Obligationsverhältniß zu erzeugen im Stande iſt. In dem hier nachträglich beigefügten neueren Rechtsfalle kamen dieſe Grundſätze bei dem Oberappellationsgerichte zur Anwendung.

4.

Der großherzoglich-frankfurtſche Inſpector der indirecten Steuern des Departements Hanau ſetzt, nachdem im Jahre 1813 das Fürſtenthum Hanau an den Kurfürſten von Heſſen zurückgefallen war, die Functionen jener Stelle noch während 11 Monaten fort, und empfängt den damit verbundenen Gehalt aus einer kurheſſiſchen Caſſe; doch wird ihm ſolcher ſeit dem November 1814 nicht weiter ausgezahlt.

Er klagt deßhalb wegen des hiernach offenbar vorliegenden Spoliums wider den Staatsanwalt auf ſofortige Wiedereinſetzung in den Genuß der ſpoliirten Beſoldung, und Erſatz der bisher entzogenen, nebſt Schaden und Koſten.

Der Verklagte wendet unter andern hiergegen ein, daß 1) bei dem der Klage zum Grunde gelegten Verhältniſſe eine Spolienklage, ſo wie jedes ſonſtige poſſeſſoriſche Rechtsmittel, überhaupt unſtatthaft ſey, indem Beſitz und Quaſibeſitz nur bei dinglichen Rechten vorhanden ſeyn könne, der Anſpruch des Klägers aber lediglich unter dem Geſichtspuncte eines perſönlichen Obligationsverhältniſſes aus dem Dienſtvertrage ſtehe; 2) daß es an der weſentlichen Bedingung jeder Spolienklage, einer widerrechtlichen Beſitzentſetzung, fehle, indem nach Auflöſung des Großherzogthums Frankfurt dem Kläger die Stelle eines Inſpectors der indirecten Steuern nur proviſoriſch verliehen worden ſey; wofür als Beleg mehrere öffentliche Bekanntmachungen wegen der nur einſtweiligen Beibehaltung der ſeitherigen Acciſe-Einrichtung beigebracht werden.

Das Hofgericht zu Hanau erkennt jedoch durch Beſcheid vom 19. Jul. 1823, mit Verwerfung der der Klage ad effectum litis ingressum impediendi entgegen geſetzten Einreden, auf Einlaſſung des Verklagten in der Hauptſache rückſichtlich des Betrages der eingeklagten Beſoldung; aus folgenden Entſcheidungsgründen: daß 1) die Frage, ob auf Wiedererlangung einer vermöge eines perſönlichen Rechts beſeſſenen Sache mit der actio spolii geklagt werden könne, unter den Rechtslehrern zwar beſtritten, jedoch durch einen gleichförmig befolgten Gerichtsgebrauch bejahend entſchieden ſey; 2) daß dieſer Gerichtsgebrauch um ſo mehr der Entſcheidung zum Grunde gelegt werden müſſe, da die Gerichte insbeſondere bei ſtreitigen Rechtsfragen darauf verwieſen ſeyen °); 3) daß hiernach die angeſtellte Spolienklage in vorliegendem Falle allerdings, und 4) um ſo mehr ſtatthaft ſey, da das Recht auf Gehalt

o) Hanauiſche Untergerichts-Ordnung Tit. 1. §. 8. Han. Hofger. Ordn. Tit. 2. §. 15. Oberappellationsgerichts-Ordnung. Tit. 6. §. 13.

Gehalt dem Staatsdiener nicht gegen eine beſtimmte Perſon, ſondern an das Staatsvermögen (den Fiscus), zuſtehe, ſonach von dinglicher Eigenſchaft ſey; daß 5) die Spolienklage, da ſie dreißig Jahre dauere, noch nicht verjährt ſey; daß ferner 6) die vom Imploranten behauptete Beſitzentziehung durch unterlaſſene Verabreichung der verſprochenen Beſoldung ſeit October 1814 vom imploratiſchen Theile nachgegeben werde; dieſelbe auch 7) durch des Letzteren Gegenbehauptung einer ſeit der Auflöſung des Großherzogthums Frankfurt und Wiedervereinigung des Fürſtenthums Hanau mit Kurheſſen geſchehenen proviſoriſchen Verleihung der befragten Stelle nicht beſeitigt werde, indem jener Ausdruck nicht ſowohl auf den Genuß der Beſoldung, ſondern nur auf eine vom Staate vorbehaltene anderweite Verwendung der Dienſte des Imploranten, bezogen werden könne.

Das Oberappellationsgericht aber erkannte, auf des Verklagten Berufung, reformatoriſch durch nachſtehendes am 24. April 1824 ausgeſprochenes Decret:

„In Erwägung, daß wegen bloß perſönlicher Leiſtungen bei dem Mangel eines juriſtiſchen Beſitzes die Spolienklage rechtlich unſtatthaft iſt,

und, wenn man dieſe Klage in Anſehung des mit einem Staatsamte verbundenen Gehaltes zuläßt, der Grund hiervon in der auf Lebenszeit und unwiderruflich geſchehenen Verleihung beruhet, wodurch ein ſolcher Gehalt die Natur einer auf dem Staatsvermögen ruhenden dinglichen Laſt annimmt;

daß aber der Appellat ſelbſt nicht einmal den ſeiner Klage zum Grunde gelegten Beſitzſtand auf eine Verleihung dieſer Art von Seiten der kurheſſiſchen Regierung zurückgeführt,

denſelben vielmehr aus der Regierungszeit des vormaligen Großherzogs von Frankfurt abgeleitet, und reſpectiv auf eine ſpäterhin kurheſſiſcher Seits erfolgte Anerkennung gegründet hat;

daß gleichwohl der unter der großherzoglich frankfurtiſchen Regierung erlangte Beſitzſtand gegen den Appellanten nur unter der Vorausſetzung einer zwiſchen beiden Regierungen in dieſer Hinſicht ſtatt gefundenen Rechtsnachfolge geltend gemacht werden könnte;

dieſe Vorausſetzung aber eine rein petitoriſche Vorfrage bildet, welche in dem gegenwärtigen als Poſſeſſorium anhängig gemachten Proceſſe nicht zur Entſcheidung kommen kann;

und daß eben ſo wenig aus der während der proviſoriſchen Fortdauer der großherzoglich frankfurtſchen Steuerverfaſſung an den Appellaten geſchehenen Entrichtung des von ihm in Anſpruch genommenen Gehalts aus den kurheſſiſchen Caſſen ein rechtlicher Eintritt in jenen Beſitzſtand gefolgert werden kann;

werden die vom Staatsanwalte Rath H. gebetenen Appellations-Proceſſe, mit Aufhebung des Obergerichts-Beſcheids vom 19. Juli vorigen Jahrs, dergeſtalt abgeſchlagen, daß der Appellat mit der angeſtellten Klage abzuweiſen, die Koſten jedoch zu vergleichen ſeyen."

P r o c e ß.

XIX.

Die gewöhnliche Rechnungsablage des Vormundes in unſtreitigen Fällen gehört zwar vor den Gerichtsſtand des Pflegbefohlnen; wenn es jedoch hierüber zum proceſſualiſchen Verfahren kommt, iſt nur der Gerichtsſtand der geführten Verwaltung für competent zu halten.

Die Lehre von den Gerichtsſtänden bietet im Allgemeinen, da ſie durch Geſetze und Doctrin ziemlich feſt geregelt iſt, keine beſonderen Schwierigkeiten dar; wohl aber ergeben ſich dieſe, wenn man die, zunächſt nur für den Fall der ſtreitigen Gerichtsbarkeit aufgeſtellten, Grundſätze auf die Ausübung der ſogenannten jurisdictio voluntaria, und inſonderheit auf ſolche Fälle in Anwendung zu bringen hat, welche in objectiver Hinſicht gemiſchter Natur ſind, indem dieſelben ſich in einer Beziehung für die ſtreitige, in anderer für die unſtreitige Gerichtsbarkeit eignen. Zu den Fällen dieſer letzteren Art gehört ganz vorzüglich die Rechnungsablage der Vormünder unter dem Geſichtspuncte der Competenz des Gerichtsſtandes, vor welchem dieſelbe geſchieht; zu den einfacheren hingegen beiſpielsweiſe das forum continentiae causarum in der Anwendung auf unſtreitige Gerichtshandlungen, wobei mehrere unter verſchiedenen Gerichten ſtehende Perſonen betheiligt ſind; dieſer Fall wird in dem nächſtfolgenden Aufſatze mit zur Beurtheilung kommen; jenem iſt die gegenwärtige Abhandlung gewidmet.

Vorbereitend bemerke ich hier nur, daß die Meinung, es gehöre die Rechnungsablage unter allen Umſtänden nur der unſtreitigen Gerichtsbarkeit an, durch Gönner's gründliche Ausführung [a]), welche das ganze Rechnungsverfahren als

a) im Handbuche des Proceſſes. B. IV. Abh. 75.

wirklichen Proceß darſtellt und in ſeine einzelnen proceſſualiſchen Beſtandtheile auflöst, völlig beſeitigt wird. Wie aber das Streitige und Unſtreitige hierbei und inſonderheit bei der Rechnungsablage der Vormünder, ſich gegen einander verhalte, das bedarf noch einer genaueren Erörterung.

Leicht erkennbar iſt bei dieſer Rechnungsablage der Vormünder im Allgemeinen der weſentliche Unterſchied zwiſchen demjenigen Verfahren, welches in dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, unter Einwirkung des Gerichts als obervormundſchaftlicher Behörde, mithin als Gegenſtand der jurisdictio voluntaria, und demjenigen, welches ausnahmsweiſe, vor einem Gerichte als rechtsſprechender Behörde, mittelſt förmlicher proceſſualiſcher Verhandlung, mithin als Gegenſtand der jurisdictio contentiosa, ſtatt findet.

Die Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 32, §. 3,[b]) legt einem jeden Vormunde die Verbindlichkeit auf, jährlich nicht allein auf Erfordern der Obrigkeit, ſondern auch ſelbſt vermöge ſeines anbefohlnen Amts, auch geleiſteter Pflicht und Eides, gebührlich Rechnung anzubieten und zu thun, und über ſeine Verwaltung Rede und Antwort zu geben. Gleichergeſtalt iſt durch die kurheſſiſchen Particulargeſetze, inſonderheit durch die Vormundſchaftsordnung vom 24. Juli 1767, §. 8. 9.[c]), dieſe jährliche Rechnungsablage mit Beziehung auf die Reichsgeſetze dergeſtalt vorgeſchrieben, daß alle und jede Vormünder bei 20 Thaler Strafe die Rechnungen alljährlich, und zwar das erſte Mal mit dem Inventar, längſtens 3 Monate nach Ablauf jeden Jahrs einliefern und einen Termin zur Abnahme extrahiren, die Gerichte aber dafür Sorge tragen ſollen, daß die eingelieferten Rechnungen längſtens innerhalb 3 Monaten wirklich abgehört, und die etwaigen Mängel des Inventars berichtigt werden. — Die Anwendung dieſer geſetzlichen Vorſchriften ſetzt natürlich voraus, daß der Vormund ſich ſelbſt als Verwalter des Vermögens ſeines Pflegbefohlnen gerire, und die hieraus entſtehende Verpflichtung zur Rechnungsablage im Allgemeinen anerkenne; dieſe factiſchen Vorausſetzungen müſſen dabei ganz unſtreitig ſeyn; der Vormund handelt alsdann als Vertreter des Minderjährigen, das Gericht, vor welchem er Rechnung ablegt, als oberaufſehende Behörde, welche von dem Minderjährigen Schaden abzuwenden und

b) Neue Samml. d. Reichsabſchiede. Th. III. S. 395.

c) Samml. d. Landesordn. Th. VI. S. 440.

deſſen Vortheil zu befördern trachtet; das ganze Verfahren hat gewiſſermaßen einen adminiſtrativen Character, ſo wie ſchon jenen geſetzlichen Vorſchriften die officielle Fürſorge des Staats für eine derſelben vorzüglich bedürftige Claſſe ſeiner Bürger zum Grunde liegt.

Ganz verſchieden hiervon iſt aber der Fall, wo der Vormund ſeine Verpflichtung zur Rechnungsablage im Allgemeinen in Abrede ſtellt, oder wo er den Gegenſtand der ihm angeſonnenen Rechnungsablage beſtreitet; inſonderheit wo es darauf ankommt, nach beendigtem Vormundſchaftsverhältniſſe, ſey es auf Seiten des Vormunds oder des Pflegbefohlnen, jenen oder ſeine Erben zur Herausgabe vormundſchaftlichen Vermögens, wozu ſie ſich nicht verbunden achten, zu nöthigen. Hier handelt es ſich um ſtreitige Rechte und eine Entſcheidung über ſolche; der Vormund ſteht nunmehr als Gegner dem Pflegbefohlnen gegenüber, das Gericht kann nicht mehr bloß leitend im Intereſſe des Minderjährigen einwirken, es bedarf nun eines richterlichen Erkenntniſſes unter zwei Betheiligten, welche gleichen Anſpruch auf eine nach reinen Rechtsgründen zu ertheilende Entſcheidung haben; der ſonſt mehr adminiſtrative Character des hier eintretenden Verfahrens verwandelt ſich ganz in den ſtreng proceſſualiſchen, und nichts von dem, was die Regeln des Proceſſes erfordern, darf dabei außer Acht gelaſſen werden.

Nach dieſer höchſt weſentlichen Verſchiedenheit richtet ſich nun aber auch die Competenz des Gerichtsſtandes, vor welchem das Verfahren über die vormundſchaftliche Rechnungsablage eingeleitet wird. Solange daſſelbe in den Grenzen der bloß adminiſtrativen Behandlung ſtehen bleibt, und alſo lediglich von dem Intereſſe des Minderjährigen, als deſſen Vertreter der Vormund, als deſſen Schutzherr der Obervormund handelt, die Rede iſt, ſo lange iſt die competente Behörde nur allein diejenige, unter welcher der Minderjährige für ſeine Perſon ſteht; die gewöhnliche unſtreitige Rechnungsablage geſchieht demnach in dem perſönlichen Gerichtsſtande des Minderjährigen, welcher demſelben entweder ſelbſtſtändig, oder von ſeinen Eltern abgeleitet, zukommt. Sobald aber das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Vormunde und dem Pflegbefohlnen ſtreitig zu werden beginnt, ſobald es auf eine richterliche Entſcheidung über die ſtreitigen Rechte ankommt, ſobald alſo ein proceſſualiſches Verfahren eingeleitet werden und ein Erkenntniß in förmlichem Wege Rechtens erfolgen muß, iſt es nicht mehr die Perſon des

Minderjährigen allein, nach welcher ſich das Forum beſtimmt, vielmehr hängt nunmehr die Competenz des Gerichtsſtandes lediglich von den hierüber geltenden allgemeinen Rechtsgrundſätzen ab.

In Anſehung dieſes zweiten Falles nun iſt es keineswegs ganz unzweifelhaft, vor welchem Gerichtsſtande der Vormund auf Rechnungsablage belangt werden müſſe. — Daß dieſes in dem forum gestae administrationis geſchehen könne, und, wenn es geſchieht, der Vormund dieſen Gerichtsſtand nicht ablehnen dürfe, iſt indeſſen geſetzlich klar. Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent, ſagt ganz beſtimmt die l. 54. §. 1. D. *de procuratorib.*; ebenſo die l. 1. C. *ubi de ratiociniis:* Eum, qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocunque alio titulo, administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere; ſodann, mit ausdrücklicher Erwähnung des Falles, wo der Vormund ſeinen Wohnſitz nicht an demſelben Orte hat, die l. 19. §. 1. D. *de judiciis:* Si quis tutelam vel curam certo loci administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere. Streitig unter den Rechtsgelehrten iſt daher auch nur die Frage, ob der Vormund in dem Gerichtsſtande der Verwaltung ausſchließend belangt werden müſſe, alſo jeden anderen als incompetent ablehnen dürfe, welche Frage von Gönner [d]) und Grolman [e]) verneint, dagegen von Glück [f]) und Weber [g]) bejahet wird. Dieſe letztere Meinung iſt auch die ſchon in der frühern Zeit bei dem Oberappellationsgerichte zu Caſſel angenommene [h]), und auch neuerlich wieder befolgte. Es iſt aber das forum gestae administrationis, nach dem deutlichen Inhalt der obigen Geſetze da, wo die Verwaltung geführt worden iſt.

Die nachſtehenden beiden Rechtsfälle ergeben die Anwendung der vorgetragenen Grundſätze für die eine und die andere der in der Ueberſchrift bezeichneten Vorausſetzungen. Was in dem erſten derſelben zugleich über die Schriftſäſſigkeit des Mündels vorkommt, bedarf keiner vorgängigen Erläuterung.

---

d) Handb. d. Proc. Th. I. Abh. 11.

e) Theorie d. ger. Verf. §. 40.

f) Erläut. d. Pand. B. VI. §. 521.

g) Beitr. zur Lehre von Klagen und Einreden. St. II. S. 35. ff.

h) *Decisiones* T. I. dec. 146.

1.

Die Tochter des verſtorbenen Johann Herrmann M., verehelichte W., klagt nach erfolgtem Ableben ihres Vormundes wider deſſen Erbin auf vormundſchaftliche Rechnungsablage bei der Regierung zu Caſſel, deren Competenz ſie dadurch zu begründen ſucht, daß ihr verſtorbener Vater als Advocat einen privilegirten Gerichtsſtand gehabt habe.

Die Verklagte behauptet die bereits geſchehene Rechnungsablage und Entlaſſung ihres Erblaſſers, und bringt, nachdem ihr der Beweis dieſer Angabe auferlegt worden, mehrere von dem von H.ſchen Gerichtshalter abgehörte Rechnungen bei, wogegen aber die Klägerin ſich auf die Incompetenz des Gerichtshalters zur Abhörung der Rechnungen, da ſie ihren ordentlichen Gerichtsſtand bei der Regierung habe, beruft.

Die Regierung legt hierauf der Verklagten den Beweis auf, daß der genannte Juſtitiar zur Abhörung der vom geweſenen Vormunde der Klägerin aufgeſtellten Rechnungen und zum Rechnungs-Abſchluſſe mit demſelben vom Pupillen-Collegium *) den Auftrag gehabt habe.

Hiergegen appellirt die Verklagte, indem ſie die ihr auferlegte Nachweiſung als unerheblich darzuſtellen ſucht, theils weil der Appellatin Vater gar nicht wirklicher Advocat geweſen ſey, theils weil der Richter des Ortes, wo die Hauptmaſſe des pupillariſchen Vermögens gelegen ſey, zur Anordnung der Vormundſchaft und zur Aufſicht darüber competent ſey.

Das Oberappellationsgericht beſtätigt gleichwohl das vorige Erkenntniß durch nachſtehendes am 23. Febr. 1820 ertheiltes Decret:

„In Erwägung, daß die dem Vormunde während der Dauer der Vormundſchaft obliegende jährliche Rechnungsablage bei derjenigen obervormundſchaftlichen Behörde, welcher der Mündel für ſeine Perſon unterworfen iſt, geſchehen muß;

daß zwar der Appellant den der Appellatin bei dem Ableben ihres Vaters zugeſtandenen privilegirten Gerichtsſtand in dieſer Inſtanz in Abrede geſtellt hat;

daß jedoch die factiſche Behauptung, es komme derſelben ein ſolcher Gerichtsſtand rückſichtlich ihres als Advocat verſtorbenen Vaters zu, ſchon in der Klagſchrift enthalten war, und daſelbſt zur Begründung der Competenz der Regierung für den gegenwärtigen Rechtsſtreit gebraucht wurde;

daß aber appellantiſcher Seits dieſer Behauptung nicht widerſprochen, ſich vielmehr, ohne alle Einwendung in Anſehung des Gerichtsſtandes, auf die Klage eingelaſſen worden iſt;

*) der obervormundſchaftlichen Behörde für Schriftſäſſige.

daß überdieß in dem großväterlichen Teſtamente, welches beide Theile als Rechtsnorm anzuerkennen haben, der für den Vater der Appellatin auf der Schule und Univerſität verwendeten Studierkoſten Erwähnung geſchieht, derſelbe gleichwohl durch die hierdurch begründete Eigenſchaft als literatus, auch ohne Advocat zu ſeyn, Schriftſäſſigkeit erlangte;

werden die vom Procurator P. gebetenen Proceſſe dieſer ungegründeten Appellation abgeſchlagen."

2.

Bei dem Ableben des Johann Valentin B., als Pachter des im großherzoglich heſſiſchen Amte Kirdorf gelegenen Gutes Schmitthof, werden von dem daſigen Beamten zu Vormündern über die von jenem hinterlaſſenen Kinder der Förſter C. zu Oberrosphe, kurheſſiſchen Amts Wetter, und Hartmann G. zu Rauſchenberg, beſtellt.

Als letzterer nach mehreren Jahren bei dem Amte Wetter um ſeine Entlaſſung nachſucht, ihm jedoch auferlegt wird, zuvor Rechnung abzulegen, beginnt über dieſe Rechnungsablage ein Verfahren, in welches auch die Wittwe des verſtorbenen Mitvormundes C., welcher das Vermögen allein verwaltet haben ſoll, zu dem Zwecke hereingezogen wird, um diejenigen Urkunden zur Einſicht vorzulegen, woraus die Beſchaffenheit der vormundſchaftlichen Maſſe zu entnehmen ſey.

Nachdem dieſelbe, mit der vorgängigen Bitte, die jetzigen Vormünder mit ihren etwaigen Anſprüchen an ſie zur beſonderen Klage zu verweiſen, einige Urkunden vorgelegt und eine allgemeine Erläuterung der beſtandenen Verhältniſſe hinzugefügt hat, ſetzt der Beamte den Beſtand des Inventars, worüber Rechnung abgelegt werden ſoll, durch Beſcheid feſt, und läßt der Wittwe C. nur nach, die allenfallſige Zahlung mehrerer ihrem Ehemanne zur Laſt geſetzten Poſten zu erweiſen, ſchließt auch dieſelbe, da ſie, ohne den Beweis anzutreten, gegen die Zuläſſigkeit eines ſolchen Verfahrens gegen ſie proteſtirt, durch weiteren Beſcheid mit dem nachgelaſſenen, aber nicht beigebrachten, Zahlungsbeweiſe aus.

Jetzt appellirt dieſelbe an das Obergericht zu Marburg, welches hierauf, mit Aufhebung des bisherigen Verfahrens, ſo weit es die Wittwe C. betreffe, die dermaligen Vormünder der B.ſchen Kinder mit ihren Anſprüchen an dieſelbe wegen Aufſtellung oder Berichtigung eines Inventars, Aufſtellung der Vormundsrechnung, und Herausgabe des Vermögens der Pflegbefohlnen, in den förmlichen Weg Rechtens verweiſt. Die mitgetheilten Entſcheidungsgründe ergeben, daß man das großherzoglich heſſiſche Amt Kirdorf für das hier competente hielte, indem dieſelben dahin lauten: daß, wie aus den Acten erhelle, eine großherzoglich heſ-

ſiſche Behörde den Förſter C. zum Vormunde über die B.ſchen Kinder beſtellt und ein Inventar aufgenommen habe, die Wittwe deſſelben aber nur als ſeine Erbin angewieſen worden ſey, ihres Erblaſſers Vormundspflichten in Aufſtellung eines Inventars und einer Rechnung nachzukommen, und ein Vormund nur bei der Behörde, die ihn angeſtellt habe, Rechnung abzulegen brauche, ſie ſich auch in jeder Erklärung geweigert habe, dieſes zu thun, und alſo der Mitvormund nach ihrem Antrage zur förmlichen Klage hätte verwieſen werden müſſen.

Um dieſer Andeutung des zu wählenden Gerichtsſtandes willen hielt das Oberappellationsgericht, an welches nunmehr die B.ſchen Vormünder die Berufung ergriffen hatten, eine, abweichend von der Anſicht des Obergerichts zu motivirende, Erläuterung jenes Erkenntniſſes nöthig, mittelſt nachſtehenden am 30. Aug. 1823 ausgeſprochenen Decrets.

„In Erwägung, daß das gegen den Mitvormund G. hauptſächlich auf deſſen eigne Veranlaſſung eingeleitete Verfahren wegen Berichtigung des Inventars und Rechnungsablage nicht dazu geeignet war, darin über die nur beiläufig vorgekommenen Anſprüche an die Appellatin, als Erbin ihres verſtorbenen Ehemannes, ein Erkenntniß zu fällen, indem hierdurch über ſtreitige Rechte entſchieden werden mußte, welches, ohne daß eine Klage gegen die Appellatin angebracht, noch ein proceſſualiſches Verfahren gegen ſie eingeleitet worden, nicht geſchehen konnte;

daß jedoch eine ſolche wider ſie zu erhebende Klage nicht vor das Gericht gehört, welches als obervormundſchaftliche Behörde die gewöhnliche Rechnungsablage des Vormundes bei deſſen unbeſtrittener Verbindlichkeit hierzu einzuleiten hat, für eine ſolche Klage vielmehr der Gerichtsſtand der geführten Verwaltung da, wo die vormundſchaftliche Verwaltung geführt wurde, begründet, in dem vorliegenden Falle mithin das Juſtizamt Wetter, in welchem Oberroſphe, als der Ort der von der Appellatin Ehemann angeblich geführten Verwaltung, liegt, das competente Gericht iſt;

werden die vom Procurator W. gebetenen Appellations-Proceſſe mit der Erläuterung abgeſchlagen, daß es den Appellanten überlaſſen bleibe, die ihnen vorbehaltene Klage gegen die Appellatin vor dem Juſtizamte Wetter anzubringen.“

XX.

Von dem Gerichtsſtande der Identität in der dreifachen Anwendung auf theilbare Streitgegenſtände, auf ſchriftſäſſige Perſonen, und auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

I. Daß im Allgemeinen das forum continentiae ex identitate in dem Falle, wo mehrere als Streitgenoſſen in Anſpruch zu nehmende Perſonen keinen gemeinſchaftlichen Gerichtsſtand erſter Inſtanz haben, bei dem nächſten Obergerichte ihrer aller begründet ſey, leidet nach teutſchem Proceßrechte keinen Zweifel [a]). Die reichsgerichtlichen Beſtimmungen, welche hierbei als poſitive Norm geltend gemacht werden können, ſind der Reichsabſchied von 1570, §. 77, der Reichsdeputations-Abſchied von 1600, §. 23. 24 [b]), und das Concept der Reichskammergerichts-Ordnung, Th. II. Tit. 9 [c]). Hiernach iſt jener Gerichtsſtand nicht mehr auf diejenigen Fälle zu beſchränken, wo der nach dem römiſchen Rechte weſentlich vorausgeſetzte Grund der geſetzlichen Verfügung: timor ne varie judicetur [d]), zur Anwendung kommt, und womit es freilich von den römiſchen Juriſten ſo genau genommen ward, daß, ſofern nur die verſchiedenen Erkenntniſſe der mehreren Richter nicht geradezu unverträglich mit einander ſind (wie z. B. wenn der eine einen Menſchen für frei, der andere für einen Sclaven erklärt), das außergewöhnliche forum continentiae ſogleich hinwegfalle, und eine Theilung der Klagen

a) Martin Lehrb. des Proceſſes. §. 56. Grolman Theor. d. gerichtl. Verfahrens. §. 46. Bach de causis coniunctis earumque foro competente. §. 18; in opusc. p. 313.

b) Neue Samml. der Reichsabſchiede. Th. III. S. 297. 477.

c) Ausg. v. Selchow. Th. II. S. 66.

d) l. 8. §. 1. D. *de liberali causa.* Bach l. c. §. 8.

ſtatt finde. Die meiſten der älteren Rechtsgelehrten halten es auch fortwährend für ein nothwendiges Erforderniß des Gerichtsſtandes der Identität, daß der Streitgegenſtand eine causa individua ſey [e]). Allein die angeführten Reichsgeſetze erwähnen keiner weiteren Bedingung, als daß die mehreren Verklagten Streitgenoſſen ſeyen. Der Reichsabſchied von 1570 bezeichnet, ohne über die Zuläſſigkeit jenes Gerichtsſtandes beſtimmt zu verfügen, dieſelbe vielmehr ſtillſchweigend vorausſetzend, den Fall, wo derſelbe eintritt, mit dem allgemeinen Ausdruck: citationis contra plures correos diversi fori, wo natürlich correi nur in dem proceſſualiſchen Sinne als Mitverklagte, nicht in dem materiellen als Solidarſchuldner, zu verſtehen ſind, zumal bei letzteren eine gemeinſchaftliche Klage gar nicht ſtatt zu finden pflegt; der Reichsdeputations-Abſchied von 1600 aber ſagt ausdrücklich: „wann wider zween oder mehr consortes, deren jeder ſeine ſonderbaren Austräge hätte, alſobald in camera ſupplicirt würde“ [f]). Daher wird die continentia causarum ex identitate von Grolman [g]) ganz richtig dahin definirt: wenn eine und dieſelbe Klage, aus demſelben Klaggrunde, und durch daſſelbe Factum veranlaßt, mehrere Verklagte betrifft; und von Tafinger [h]): si plures rei una eademque actione conveniendi sunt, unaque illorum ratio et defensio existat. Auch Seuffert [i]) ſetzt nur die Eigenſchaft von Streitgenoſſen voraus, und Danz [k]) fügt ausdrücklich hinzu: die Klage ſey theilbar oder untheilbar; womit auch Pufendorf [l]) und Claproth [m]) übereinſtimmen. Ein beſonderer Zweifelsgrund entſteht aber für die Anwendung dieſer Grundſätze auf den Fall, wo der Streitgegenſtand nicht bloß eine

e) Ludolf observat. forens. P. I. obs. 55. Struben Th. II. Bed. 24. a. E. Böhmer Rechtsfälle. B. I. Th. I. resp. 12. n. 42. Hofacker princ. jur. civ. T. III. §. 4231. not. d.

f) womit auch das Conc. d. R. Kammerger. Ordn. völlig übereinſtimmt.

g) a. a. O.

h) institut. jurispr. cameral. T. II. §. 494.

i) im Archiv f. d. civiliſt. Praxis. B. III. S. 213. Not. 5.

k) Grundſ. d. ord. bürg. Proceſſes. §. 33.

l) observat. T. I. obs. 153.

m) Einleit. in den ord. bürg. Proc. Th. I. §. 101.

an und für ſich theilbare, ſondern eine im juriſtiſchen Sinne ſchon wirklich getheilte Sache iſt, wie dieß namentlich bei mehreren, verſchiedenen Gerichten unterworfenen, Erben, welche auf Bezahlung einer Erbſchaftsſchuld belangt werden ſollen, der Fall ſeyn würde. Daß hier nicht der Gerichtsſtand des Erblaſſers in Betracht komme, vielmehr die Erben vor dem ihnen eignen Forum belangt werden müſſen, iſt nach dem, was von Koch [n]) und Glück [o]) ausgeführt worden, wohl nicht mehr als ſtreitig anzunehmen. Nun verfügen aber bekanntlich die Geſetze, daß alle Erbſchaftsſchulden ipso jure unter ſämmtliche Erben vertheilt ſind [p]), und daher von einem jeden nur zu ſeinem Antheile bezahlt werden [q]), welches die Folgerung zu begründen ſcheint, daß hier nicht mehr eine und dieſelbe Klage ſtatt finde, ſondern mehrere Klagen gegen die einzelnen Erben anzuſtellen ſeyen, demnach auf dieſe mehreren Erben ſelbſt nicht einmal die reichsgeſetzliche Bedingung eines litis consortium paſſe. Demzufolge würde, wenn man hierbei lediglich den Grundſätzen des römiſchen Rechts folgen wollte, der reinen Anwendung derſelben das forum superius ob continentiam ex identitate, ſelbſt nach der reichsgeſetzlichen Erweiterung deſſelben, in einem ſolchen Falle nicht entſprechend zu halten ſeyn, wie auch Ludolf [r]) und Pütter [s]) wirklich annehmen. Da inzwiſchen unſre heutige Proceßtheorie durch das Princip der Zweckmäßigkeit, und inſonderheit auch der hierdurch gebotenen Abkürzung der Proceſſe, weſentlich geleitet wird, und es hiermit conſequent erſcheint, den Begriff der Streitgenoſſenſchaft mehr in einer Proceßmaxime, als in dem ſtreitigen Rechtsverhältniſſe ſelbſt, begründet zu halten [t]), weßhalb denn auch mehrere neuere Schriftſteller dieſen Begriff im Allgemeinen dahin beſtimmen, daß dazu eine Gemeinſchaftlichkeit deſſelben Endzwecks in Anſehung deſſelben Rechtsſtreites voraus-

n) diss. de foro heredis. Giess. 1765.

o) Erläut. d. Pand. Th. VI. §. 515.

p) l. 6. C. *famil. ercisc.* l. 26. C. *de pactis.*

q) Schweppe röm. Privatrecht. §. 859.

r) l. c.

s) Rechtsfälle. B. I. deduct. 29. §. 18.

t) Archiv f. d. civiliſt. Praxis. B. III. S. 213.

geſetzt werde [u]), und die characteriſtiſchen Merkmale dieſes Begriffs lediglich in der Einheit des Endzwecks, des Rechtsſtreits, und der Partheirolle, beſtehen [v]); ſo kann man, dieſem Begriffe zufolge, gar wohl auch mehrere Miterben als Streitgenoſſen betrachten [w]), ſelbſt dann, wenn von ſolchen Forderungen, welche ipso jure unter dieſelben getheilt ſind, die Rede iſt [x]), indem hierdurch jene Merkmale nicht ausgeſchloſſen werden. Und da ferner es lediglich von dem freien Willen des Klägers abhängt, ob er mehrere Streitgenoſſen gemeinſchaftlich auf das Ganze oder einzelne auf ihre Antheile belangen will [y]), welches Hagemann [z]) namentlich auf den Fall mehrerer Miterben als Verklagter anwendet, die Reichsgeſetze aber, wie oben gezeigt worden, nichts weiter, als Streitgenoſſenſchaft mehrerer unter verſchiedenen Gerichtsſtänden ſtehender Verklagten, zur Begründung der oberrichterlichen Competenz erfordern, ſo iſt auch wohl mit Pufendorf [*]) und Glück [a]) als richtig anzunehmen, daß auch in Anſehung mehrerer als Verklagte gemeinſchaftlich zu belangender Erben, wenn dieſelben verſchiedenen Gerichtsſtänden unterworfen ſind, das forum continentiae ex identitate bei dem gemeinſchaftlichen Obergerichte derſelben eintrete; ja es wird dieſer Fall: „wenn mit einer actione personali, z. E. ex mutuo, Mehrere als des verſtorbenen Schuldners hinterlaſſene, in verſchiedenen Herrſchaften wohnende, Erben, welche ſeine Erbſchaft unter ſich vertheilt haben, zu belangen ſind,“ in dem von Selchow [b]) mitgetheilten Gutachten über die obige Stelle des Concepts der Reichskammergerichts-Ordnung namentlich als darunter begriffen vorausgeſetzt.

II. Wie aber kommt dieſer, alſo begründete und ſeinem Umfange nach näher

u) Grolman a. a. O. §. 57.
v) Martin Magazin f. d. bürgerl. Proceß. Abh. I. §. 2.
w) Glück a. a. O. Th. V. §. 388. S. 234.
x) Martin a. a. O. §. 3. S. 29.
y) Martin a. a. O. §. 4. S. 48. Grolman a. a. O. Seuffert a. a. O. S. 213.
z) pract. Erörterungen. B. VI. N. 80.
*) l. c.
a) a. a. O. Th. XI. §. 751.
b) a. a. O. S. 69.

beſtimmte, Gerichtsſtand der Identität des Klaggrundes in dem Falle zur Anwendung, wenn die mehreren Verklagten ſchriftſäſſig, und in dieſer Eigenſchaft mehreren verſchiedenen Obergerichten unterworfen ſind, das allen gemeinſchaftliche höchſte Gericht aber ein ſolches iſt, in deſſen amtlichen Attributen das Richteramt erſter Inſtanz gar nicht enthalten iſt, wie ſolches wohl von den mehrſten Oberappellationsgerichten in den teutſchen Staaten gilt? — Die Analogie der Reichsgerichte, bei welchen unbedenklich die Klage in einem ſolchen Falle hätte angebracht werden können, kann hier, obwohl die höchſten Landesgerichte an deren Stelle getreten ſind, nicht ganz entſcheidend zur Anwendung kommen, weil jenen wirklich das Richteramt erſter Inſtanz (gegen Unmittelbare) zuſtand, und bei ihnen alſo wenigſtens nicht der gänzliche Mangel dieſes Zweigs der Gerichtscompetenz, wie bei den Oberappellationsgerichten, im Wege ſtand; auch iſt ein bekanntes Beiſpiel der Begründung des forum identitatis bei einem Oberappellationsgerichte, welches ſonſt vielfach zum Muſter für andere gedient hat und noch dient, nämlich bei dem Celliſchen [c]), um deßwillen hier minder erheblich, weil deſſen Competenz für dieſen Fall auf einer ausdrücklichen Particularnorm, der daſigen Oberappellationsgerichts-Ordnung, beruhet. Gleichwohl iſt, in Ermangelung irgend eines anderen Auskunftsmittels für den Gebrauch des an und für ſich doch geſetzlich zuläſſigen Gerichtsſtandes der Identität in einem ſolchen Falle, anzunehmen, daß die Sache an das höchſte Landesgericht müſſe gebracht werden können, welches dann, um die wirkliche Ausübung der ihm nicht zuſtändigen Function eines Richters erſter Inſtanz zu vermeiden, Commiſſion zur Verhandlung und Entſcheidung der Sache auf eines der Obergerichte erkennen [d]), und ſich das hiernächſtige Erkenntniß letzter Inſtanz vorbehalten kann.

III. Außer dieſem in ſubjectiver Hinſicht zweifelhaften Anwendungsfalle des Gerichtsſtandes der Identität, bleibt nun, zu völliger Erledigung der in der Ueberſchrift dieſer Abhandlung bezeichneten Aufgabe, noch eine die objective Ausdehnung jenes Gerichtsſtandes betreffende Frage übrig, nämlich ob derſelbe auch bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und inſonderheit bei der gerichtlichen Beſtäti-

c) Pufendorf T. I. obs. 153.

d) wie im Falle der Recuſation des gewöhnlichen Richters: Grolman a. a. O. §. 32.

Beſtätigung von Contracten über Immobilien, für anwendbar zu halten ſey? — Ganz direct iſt ſolches gewiß nicht der Fall, da hier von mehreren Verklagten gar nicht die Rede iſt, und es mithin an der weſentlichen Vorausſetzung jenes Gerichtsſtandes, einer Streitgenoſſenſchaft mehrerer Betheiligten, gänzlich fehlt; es müßte alſo die Analogie zu Hülfe genommen werden, um dadurch ein für mehrere, unter verſchiedenen Gerichten gelegene, Sachen zuſtändiges Forum zu begründen. Dabei könnte man nun zunächſt an das gewöhnliche forum continentiae ex connexitate causarum denken; allein dieſes beziehet ſich mehr auf den innern Zuſammenhang, als auf die äußere Lage der Sachen, indem dabei nothwendig vorausgeſetzt wird, daß mehrere Sachen verſchiedener Art in einer ſo engen Verbindung mit einander ſtehen, daß die eine, ohne Nachtheil für die Verhandlung, nicht vor einem anderen Gerichte, als die andere, verhandelt werden könne, [e]) daß mithin die eine im Verhältniſſe zu der andern als präparatoriſche, Präjudicial- oder Incident-Sache erſcheine [f]), indem nur von dieſen drei Vorausſetzungen namentlich diejenigen Geſetze reden, welche zur Begründung des Gerichtsſtandes der Connexität angeführt zu werden pflegen, nämlich die l. 10. C. *de judiciis* und c. 1. X. *de sequestrat.* von dem Poſſeſſorium im Verhältniſſe zu dem Petitorium, c. 1. X. *de caus. possess.* von dem Streitpuncte über zu nahe Verwandtſchaft im Verhältniſſe zu der Klage auf Ehevollziehung, und l. 49. D. *de judiciis* von dem Evictionsanſpruche im Verhältniſſe zur Vindicationsklage. Das forum continentiae propter connexitatem causarum paßt daher ſchon ſeiner rechtlichen Natur nach nicht auf den Fall einer gerichtlichen Beſtätigung von Contracten, wenigſtens dann nicht, wenn nicht ein ganz ſpecieller Grund der Connexität oder des inneren Zuſammenhanges vorhanden iſt, was ſich allenfalls denken ließe, wenn nicht bloß mehrere Sachen, ſondern mehrere Contracte, die in einer ſolchen Verbindung zu einander ſtehen, den Gegenſtand der Confirmation ausmachen. Für den Fall aber, daß nur in der verſchiedenen örtlichen Lage mehrerer in einem Contracte begriffener Sachen der Grund der Competenz eines für alle gemeinſchaftlichen Gerichtsſtandes geſucht wird, bleibt nichts anders, als das, urſprünglich bloß ſubjective, forum continentiae ex identitate in

e) **Grolman** a. a. O. §. 42. a.

f) **Martin** Lehrb. d. Proc. §. 28.

der Ausdehnung auf mehrere unter verſchiedenen Gerichten gelegene Sachen, oder der Gerichtsſtand einer ſogenannten dinglichen Identität[g]), übrig. Läßt ſich gleich dieſes beſondere Forum aus den von Pufendorf[h]) und Glück[i]) dafür angeführten Stellen des römiſchen Geſetzbuchs[k]) nicht rechtfertigen, indem dieſe theils nur von dem bei den Theilungsklagen eintretenden judicium universale reden, theils von dem forum hereditatis, wobei ebenfalls in der Univerſalqualität der Erbſchaft der Grund liegt, daß die Lage des größern Theils der Erbſchaftsſachen das Forum beſtimmt, wie ſich beſonders auch aus der l. un. C. *ubi fideicomm.* ergiebt; ſo hat man doch mittelſt extenſiver Interpretation der Reichskammergerichts-Ordnung, Th. II, Tit. 21[l]), welche in dem Falle, daß über mehrere unter verſchiedenen Obrigkeiten gelegene Güter oder Gerechtigkeiten der Poſſeſſion halber geſtritten würde, für die Competenz des Reichskammergerichts entſcheidet, ein allgemeines forum identitatis reale bei dem gemeinſchaftlichen Oberrichter für begründet gehalten, ohne zu berückſichtigen, daß in jener Stelle ausdrücklich die nach Beendigung des Beſitzſtreites weiter auszuführenden Anſprüche vor den ordentlichen Richter verwieſen werden; dieſe extenſive Interpretation iſt auch von dem Reichskammergerichte ſelbſt in einem der Viſitations-Commiſſion von 1595 vorgelegten, und von dieſer genehmigten, dubium camerale angenommen worden[m]), und, wenn gleich darüber in dem Reichsdeputations-Abſchied von 1600, §. 140[n]), nichts verfügt, dieſer Punct vielmehr zur Entſcheidung der künftigen gemeinen Reichsverſammlung ausgeſetzt, ſeitdem aber nicht weiter zur Sprache gekommen, und vielmehr in den neueren Wahlcapitulationen,

g) Glück Erläut. d. Pand. Th. XI. §. 751. S. 307.

h) observat. jur. univ. T. IV. obs. 148.

i) a. a. O.

k) hauptſächlich l. 1. D. *de quib. reb. ad eund.* l. 50. pr. D. *de iudiciis.* l. 66. §. 4. D. *ad SCtum treb.*

l) Neue Samml. d. Reichsabſchiede. Th. III. S. 100.

m) v. Selchow a. a. O. S. 67. Corp. jur. cameralis. N. 332. dub. 8. p. 473.

n) Neue Samml. d. Reichsabſch. Th. III. S. 494.

Art. 21. §. 1, in der beſonderen Anwendung auf Lehnsſachen der gegentheilige Grundſatz ausgeſprochen iſt, indem darnach die Reichsgerichte in die lehnsherrliche Gerichtsbarkeit der Reichsfürſten neque sub praetextu *continentiae causarum*, neque judicii universalis, eingreifen ſollen; ſo ſcheint doch das Reichskammergericht ſeiner in dem angeführten Dubium ausgedrückten Anſicht in der Praxis treu geblieben zu ſeyn [o]). — Will man aber auch hiernach annehmen, daß ein ſolches forum identitatis reale für den Fall, wo die Klage mehrere in verſchiedenen Gerichtsbezirken gelegene Sachen betrifft, bei dem gemeinſchaftlichen Oberrichter eintrete, — wiewohl zwei der ausgezeichnetſten Proceſſualiſten der neueren Zeit ſolches geradezu in Abrede ſtellen [p]), — ſo bleibt doch die Anwendung dieſes Gerichtsſtandes auf die Competenz zur gerichtlichen Beſtätigung der Contracte über Immobilien, welche unter verſchiedenen Gerichtsbezirken gelegen ſind, noch immer zweifelhaft. Daß nicht ſchon im Allgemeinen die Regeln für das Verfahren in Rechtsſtreitigkeiten auch dem Verfahren in Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit zur Norm dienen, ergiebt ſchon beider ganz verſchiedene Natur [q]), wenn gleich letztere heutzutage in eigentlicherem Sinne, wie bei den Römern, als Jurisdictionszweig anzuſehen iſt [r]); in dem hier vorausgeſetzten Falle aber treten die Gründe, worauf das forum identitatis personale et reale beruhet, nämlich Vermeidung mehrerer Proceſſe über den nämlichen Streitpunct und möglicher Verſchiedenheit der richterlichen Entſcheidungen, gar nicht ein, indem die gerichtliche Beſtätigung, als ganz einfacher Act, in Anſehung jedes einzelnen Grundſtücks von einem anderen Gerichte erfolgen kann, ohne daß hiervon große Weitläuftigkeit oder Verwirrung in den Rechtsverhältniſſen zu beſorgen wäre. — Daher iſt, wenn ein Contract über mehrere Immobilien, welche in verſchiedenen Gerichtsbezirken liegen, abgeſchloſſen iſt, die Confirmation bei jedem einzelnen Richter, unter welchem dieſelben gelegen ſind, nachzuſuchen, und kann nur von ihm competenter

o) Rhoding pandect. camer. Lib. I. tit. 17. §. 6. Cramer observ. jur. univ. T. I. obs. 144. Tafinger instit. jur. camer. T. II. §. 495.

p) Martin a. a. O. §. 56. a. E. Grolman a. a. O. §. 46. Not. 2.

q) Grolman a. a. O. §. 71.

r) Glück Erläut. d. Pand. Th. III. §. 194. S. 95.

Weiſe geſchehen. So entſcheidet die Frage auch *Claproth* s) in der beſonderen Anwendung auf die Confirmation der Ehepacten: Judicis competentia vel ex rerum immobilium situ, vel ex domicilio personarum, aestimatur, prout vel de rebus immobilibus vel de rebus mobilibus in pactis rusticorum transferendis quaestio volvitur. Quodsi rustici diversos judices agnoscunt, *utriusque judex est adeundus*. Und dafür läßt ſich auch die Praxis des Reichskammergerichts anführen, welches, obgleich die Zuläſſigkeit des Gerichtsſtandes der dinglichen Identität bei contentiöſen Sachen ſonſt anerkennend t), noch im Jahre 1804 die bei ihm nachgeſuchte Confirmation einer General- und Special-Hypothek nur in Anſehung der erſteren und der unter letzterer begriffenen Immediat-Güter ertheilte, in Anſehung der Mediat-Güter aber an den judex rei sitae verwies u).

Ueber alle *drei* Gegenſtände dervorſtehenden Ausführung — den Gerichtsſtand der Identität bei theilbaren Streitobjecten, bei den oberſten Landesgerichten, und bei der Confirmation der Contracte — hat ſich das Oberappellationsgericht zu Caſſel übereinſtimmend mit den angegebenen Reſultaten ausgeſprochen; zum Belege für die beiden erſteren wird der unter N. 1, für den letzteren die unter N. 2 und 3 hiernächſt folgenden Rechtsfälle dienen. In Beziehung auf dieſen dritten Gegenſtand bemerke ich vorläufig, daß der Grundſatz, es entſcheide über die Competenz zur gerichtlichen Beſtätigung der Contracte über Immobilien, welche unter mehreren Gerichten gelegen ſind, nur dieſe ihre Lage, von dem Oberappellationsgerichte auch dadurch ſchon anerkannt worden iſt, daß daſſelbe in einem Streite zweier Gerichtsherrn über die privative oder concurrente Confirmation ſolcher Contracte, welche Grundſtücke aus ihrem beiderſeitigen Gerichtsbezirke zum Gegenſtande hatten, für die Theilnahme *beider* Gerichtsherrn nach dem Princip der gelegenen Sache entſchied v).

---

s) prim. lin. jurisprudentiae extrajudicialis. §. 41. Vergl. auch Pufendorf de jurisdictione germanica. P. 2. Sect. 5. Cap. un. §. 15.

t) Not. o. (S. 331.)

u) Crit. Archiv der jurid. Literatur u. Rechtspflege. B. V. S. 521.

v) mittelſt Decrets vom 27. Octob. 1764, in S. Ritter g. v. Dörnberg.

1.

Johann Peter K. zu Kilianſtädten hatte an den verſtorbenen Metzgermeiſter G. zu Neu⸗hanau eine Summe Geldes zu fordern, welche ihm dieſer theils als baares Darlehn, theils für Lieferungen an Früchten und Vieh, ſchuldig geworden war.

Dieſe Forderung will derſelbe gegen die Erben ſeines Schuldners einklagen, welche aber theils ſchriftſäſſig und dem Obergerichte zu Fulda unmittelbar unterworfen, theils amtsſäſſig ſind und unter dem Landgerichte zu Hanau ſtehen.

Nachdem hierauf ſowohl das Landgericht, als auch das Obergericht zu Hanau, ſich für incompetent erklärt hatten, wendet ſich der Kläger an das Oberappellationsgericht, als den gemeinſchaftlichen oberſten Gerichtsſtand ſämmtlicher Verklagten, mit der Bitte, ſeine Klage denſelben zur Einlaſſung mitzutheilen, und ſie demnächſt zur Bezahlung der eingeklagten Forderung ſchuldig zu erkennen;

worauf jedoch das Oberappellationsgericht, nachdem bei demſelben die oben erörterten Zweifelsgründe ſeiner Competenz zur näheren Erwägung gekommen waren, mittelſt Reſcripts vom 21. Septemb. 1822 dem Hofgerichte zu Hanau den Auftrag ertheilte, über die ihm zugefertigte Klage, nach vorgängiger Verhandlung, salva appellatione was Rechtens zu erkennen.

2.

Zwiſchen den Eheleuten D. zu Fulda, und ihrer Tochter, verehelichten N., wird im Juni 1819 vor dem Landamte Fulda ein Erbvertrag über das Vermögen des Mitcontrahenten D., inſonderheit auch über mehrere Immobilien, welche theils in der Stadt, theils in dem Bezirke des Landamtes gelegen ſind, abgeſchloſſen.

Nach dem Tode des D., als dem Zeitpuncte, wo der Erbvertrag in Erfüllung gehen ſoll, greift die nachgelaſſene Ehefrau deſſelben dieſen Vertrag aus mehreren Gründen als nichtig an, wovon jedoch hier nur der auf die Verordnung vom 28. Decemb. 1816, §. 112 [w]),

w) Geſetzſamml. von 1816. S. 164. — Vergl. auch die obige XIIIte Ausführung.

geſtützte der Incompetenz des Gerichts, vor welchem ſolcher abgeſchloſſen worden, in Betracht kommt, indem nämlich über die in der Stadt Fulda gelegenen Grundſtücke nur unter Mitwirkung des daſigen Stadtgerichts gültig habe verfügt werden können, da nach jener Verordnung alle über unbewegliche Güter abgeſchloſſene Veräußerungs-Contracte bei Strafe der Nichtigkeit von dem Beamten, in deſſen Bezirke ſie gelegen, beſtätigt werden müßten.

Die Verklagte erwidert hierauf: Erbverträge erforderten zu ihrer Gültigkeit keine beſondere Form, insbeſondere keine gerichtliche Beſtätigung. Solcher Verträge geſchehe auch in der Verordnung vom 28. Decemb. 1816 keine Erwähnung. Sey aber die Confirmation überhaupt nicht erforderlich, ſo könne auch eine etwaige Incompetenz des beſtätigenden Gerichts das Geſchäfft nicht ungültig machen. Wäre aber auch in dem vorliegenden Falle die gerichtliche Beſtätigung nöthig geweſen, ſo trete doch hier der beſondere Umſtand ein, daß der bei weitem größte Theil der Immobilien im Bezirke des Landamtes Fulda gelegen ſey; nirgends aber finde ſich verordnet, daß wenn über Immobilien, welche in verſchiedenen Amtsbezirken lägen, contrahirt werde, die verſchiedenen Richter der gelegenen Sachen bei der Beſtätigung concurriren, oder in Anſehung der Grundſtücke eines jeden Amtsbezirks ein beſonderes Vertrags-Inſtrument gemacht werden müſſe; vielmehr ſey in einem ſolchen Falle derjenige Richter als der competente anzuſehen, in deſſen Bezirk der größte Theil der Immobilien liege, und hinſichtlich der übrigen nur eine nach eingetretenem Erbfalle bei dem Gerichte, unter welchem ſie gelegen, zu thuende Anzeige, nach der Analogie deſſen, was im §. 114. der gedachten Verordnung wegen der teſtamentariſchen Verfügung über Immobilien vorgeſchrieben ſey, erforderlich.

Die Regierung zu Fulda erkennt hierauf durch Beſcheid vom 28. März 1821, daß die Klägerin mit der erhobenen Klage abzuweiſen ſey; aus folgenden Entſcheidungsgründen: daß Erbverträge nach dem Privatrechte der Teutſchen an keine Feierlichkeiten gebunden und gültig ſeyen, der fragliche Contract aber nur als ein Erbvertrag beachtet werden könne; daß auch die Verordnung wegen Aufnahme gerichtlicher Teſtamente nicht von Erbverträgen rede, mithin auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ſey; und daß auch der §. 112 der Verordnung vom 28. Decemb. 1816 in der Gültigkeit des Geſchäffts nichts verrücke, indem der abgeſchloſſene Vertrag erſt nach dem Tode des Mitcontrahenten D. zur Wirkung kommen ſollte, mithin erſt nachher die gerichtliche Anzeige bei den Richtern der gelegenen Sachen eben ſo habe

geſchehen können, wie der §. 114. ſolches beſtimme, wenn durch ein Teſtament über Immobilien verfügt werde.

Bei dem Oberappellationsgerichte, an welches die Sache durch die Berufung der Verklagten gelangte, ward inſonderheit die Frage, ob nicht das forum continentiae ex identitate vel connexitate causae bei dem Landamte zu Fulda begründet geweſen ſey, mithin durch deſſen gerichtliche Confirmation der abgeſchloſſene Erbvertrag ſowohl in Anſehung der im Bezirke des Stadtgerichts, als in dem ſeinigen, gelegenen Grundſtücke volle Gültigkeit erlangt habe, zur Erörterung gezogen. Für die Bejahung dieſer Frage wurden folgende Gründe angeführt: der vorliegende Vertrag begreife das ganze Vermögen des verſtorbenen D., werde derſelbe rückſichtlich eines Theils dieſes Vermögens für nichtig erkannt, ſo zerfalle er auch in Anſehung des übrigen, weil hier eine causa individua vorhanden ſey; dieß rechtfertige ſich aber nicht durch die Verordnung vom 28. Decemb. 1816, indem darin nur von der gerichtlichen Beſtätigung eines Richters die Rede, und nirgends vorgeſchrieben ſey, daß ein untheilbarer Vertrag über mehrere unter verſchiedenen Gerichten liegende Grundſtücke bei jedem der einſchlagenden Gerichte beſtätigt werden müſſe, welche Vorausſetzung auch häufig zu Unregelmäßigkeiten Veranlaſſung geben würde, indem, wenn der eine Richter den untheilbaren Vertrag in Anſehung der unter ſeinem Gerichtsbezirke liegenden Grundſtücke gerichtlich beſtätige, der andere Richter aber in Anſehung der übrigen die gerichtliche Beſtätigung verſage, hierdurch jene gerichtliche und außerdem gültige Handlung wieder wirkungslos werden würde. Stehe es aber bei der contentiöſen Gerichtsbarkeit feſt, daß in einem ähnlichen Falle ob identitatem vel connexitatem causae der ſonſt incompetente Richter competent werde, ſo ſey kein Grund einzuſehen, um bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welcher es in mehreren Puncten gar nicht auf Competenz ankomme, nicht ein Gleiches ſtatt finden zu laſſen, da zufolge der teutſchen Gerichtsverfaſſung auch die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu der eigentlichen Gerichtsbarkeit gerechnet würden, mithin nothwendig, was von dem Ganzen gelte, auch von dieſer Gattung der Gerichtsbarkeit gelten müſſe [x]). Dafür, daß die richterliche Function über die in einer Sache unter verſchiedenen Gerichtsſtänden gelegenen Grundſtücke nur von einem Richter ausgeübt werde, ſtreite aber noch ganz beſonders die Analogie der Realklagen, bei deren Anſtellung die continentia causae ebenfalls zur Anwendung komme [y]),

x) Glück Erläut. d. Pand. Th. III. §. 194. S. 95.

y) Wernher obs. for. T. I. P. I. obs. 305. n. 8.

indem nämlich, obgleich dieſe Klagen in der Regel in foro rei sitae angeſtellt werden müßten, dieß jedoch, wenn dieſelben verſchiedene Sachen, die unter mehreren Gerichtsbezirken lägen, zum Gegenſtande hätten, entweder im Gerichtsſtande des Wohnſitzes des Verklagten, oder bei demjenigen Richter, unter welchem der größte Theil der Güter gelegen ſey, geſchehen könne [z]). — Das Oberappellationsgericht entſchied ſich jedoch, mit Berückſichtigung der unter III. oben ausgeführten Gründe, für die gegentheilige Anſicht, wie das nachſtehende am 11. Mai 1822 ausgeſprochene Erkenntniß, wenigſtens folgerungsweiſe, ergiebt, indem die ausdrückliche Beifügung eines beſonderen dahin einſchlagenden Entſcheidungsgrundes um deßwillen nicht erforderlich geachtet wurde, weil ſo wenig das Obergericht dieſen Geſichtspunct aufgefaßt, als die Appellantin dagegen, bei mangelnder Veranlaſſung, beſonders deducirt hatte.

„In Erwägung, was die wegen angeblicher Incompetenz des beſtätigenden Gerichts behauptete Ungültigkeit des fraglichen Vertrags betrifft,

daß zwar die geſetzlichen Vorſchriften über die Aufnahme der Teſtamente und anderer letzten Willensordnungen auf den vorliegenden Erbvertrag, als ein Rechtsgeſchäft unter Lebenden, nicht anzuwenden ſind, auch Erbverträge im Allgemeinen zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Beſtätigung nicht bedürfen;

jedoch nach der Verordnung vom 28. December 1816, §. 112, alle über Grundſtücke und andere unbewegliche Sachen geſchloſſene Veräußerungs-Contracte bei Strafe der Nichtigkeit von dem Beamten, in deſſen Amtsbezirk das Grundſtück gelegen, beſtätigt werden ſollen; Erbverträge aber zu den Veräußerungs-Contracten im weiteren Sinne gehören, mithin, inſofern darin nicht über den Nachlaß im Allgemeinen, als universitas, ſondern über die Subſtanz einzelner Immobilien verfügt wird, unter der erwähnten geſetzlichen Vorſchrift begriffen ſind; *)

woraus

z) Glück a. a. O. Th. XI. §. 751. S. 307.

*) Hiernach ſind die beiden anſcheinend von einander abweichenden Deciſionen, T. I. dec. 11. und T. II. dec. 315, dahin zu vereinigen, daß zu einem Erbvertrage, worin über beſtimmte Grundſtücke namentlich verfügt wird, die gerichtliche Beſtätigung allerdings erforderlich iſt, nicht aber zu einem ſolchen, worin über den Nachlaß überhaupt, obgleich darunter auch Immobilien begriffen ſeyn mögen, disponirt wird. Letzteres iſt auch erkannt worden durch ein Oberappellationsgerichts-Decret vom 17. Jan. 1818, in S. Weber g. Sohl.

woraus folgt, daß der fragliche Erbvertrag in Anſehung der im §. 1. aufgeführten, im Gerichtsbezirk des Stadtgerichts zu Fulda belegenen, Immobilien, über deren Eigenthum zum Vortheil der Appellaten beſonders darin disponirt worden, wegen fehlender Beſtätigung des zuſtändigen Gerichts nichtig iſt;

welches indeſſen der Gültigkeit des Vertrags in ſeinen übrigen Beſtimmungen keinen Eintrag thut; — —

werden die vom Procurator S. gebetenen Appellations-Proceſſe mit der Verordnung abgeſchlagen, daß der fragliche Erbvertrag vom 27. Juni 1819, in ſo weit darin über die im § 1. aufgeführten, im Bezirk des Stadtgerichts Fulda liegenden Immobilien verfügt worden, als nichtig aufzuheben ſey.“

3.

Als Beleg für den unter N. XIII. ausgeführten Rechtsſatz iſt oben (S. 170 ff.) ein Fall erzählt worden, in welchem über die Competenz der Regierung zu Caſſel zur Confirmation eines über einen Bergwerksantheil oder eine Kuxe abgeſchloſſenen Veräußerungs-Contracts geſtritten wurde. Als Hülfsgrund für dieſe Competenz auf den Fall, daß der Verkäufer für amtsſäſſig und in dieſer Hinſicht die Regierung für incompetent erklärt würde, war von beiden Contrahenten zu Aufrechthaltung ihres Contracts auch noch der beſondere Umſtand geltend gemacht worden, daß das Bergwerk, wovon hier die Rede war, in mehreren Amtsbezirken gelegen, und daher bei der Regierung, als forum commune superius in Anſehung der verſchiedenen Aemter, der Gerichtsſtand des Zuſammenhangs der Sache begründet ſey.

Allein auch dieſer Grund blieb ohne Einfluß auf die Anſicht des Oberappellationsgerichts von der Ungültigkeit der von der Regierung ertheilten Confirmation; doch ward, zu deſſen Widerlegung, in die Motiven des oben mitgetheilten Erkenntniſſes vom 18. Decemb. 1822 noch der weitere Entſcheidungsgrund aufgenommen:

„daß die von den Appellaten behauptete objective Competenz der Regierung auch dadurch nicht begründet werde, daß dieſelbe als forum commune superius die Confirmation in Anſehung des in verſchiedenen Amtsbezirken gelegenen Bergwerks hätte vornehmen können, indem bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein forum continentiae causarum nicht ſtatt finde.“

XXI.

Das einem Advocaten geleiſtete Verſprechen einer beſonderen Belohnung auf den künftigen Fall des Obſiegs (Palmarium) iſt unerlaubt und unverbindlich.

Bekannt iſt es, daß das römiſche Recht nicht nur den Vertrag mit dem Advocaten über einen Antheil an dem Proceßgegenſtande [a]), ſondern auch das Verſprechen eines Palmariums, oder einer beſonderen Belohnung außer den geſetzlichen Gebühren, unterſagt [b]); letzteres wenigſtens nur, wenn es erſt nach geendigtem Proceſſe verſprochen wird, in einem mäßigen Betrage zuläßt [c]). Zwar ſcheint das Verbot der l. 6. C. *de postulando* noch weiter zu gehen, indem darin ganz allgemein verfügt wird: praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat advocatus, nullam conferat pactionem; es hat indeſſen neuerlich noch v. Bülow [d]) gezeigt, daß dieß Geſetz ſeinem wahren Sinne nach nur von den beiden genannten Verträgen — de quota litis und de palmario — zu verſtehen ſey.

Mit dem Verbote dieſer beiden Verträge, und inſonderheit alſo des Palmariums, ſtimmen auch vollkommen die Reichsgeſetze überein, indem die Reichskammergerichts-Ordnung von 1555, Th. I. Tit. 46. §. 1. [e]), ausdrücklich verfügt:

a) l. 53. D. *de pactis.* l. 5. C. *de postulando.*

b) l. 7. D. *mandati.* l. 6. §. 2. C. *de postulando.*

c) l. 1. §. 12. D. *de extraord. cognit.*

d) Abhandlungen üb. einz. Theile des röm. Rechts. B. I. Abh. 3. S. 155 ff.

e) Neue Samml. d. Reichsabſch. Th. III. S. 75.

„Wir ſetzen, ordnen, und wollen auch, daß hinführo die Advocaten und Procuratoren in allen und jeden Sachen, was ihnen durch Kammerrichter und Beiſitzer taxirt wird, zur Belohnung ſich begnügen laſſen, und die Partheien darüber nicht weiter beſchweren, noch einige ſondere Geding mit ihnen deßhalb machen ſollen, in keine Weiſe;“ ſo wie auch der Reichsdeputations-Abſchied von 1557 den Advocaten bei Strafe unterſagt, mit den Partheien pacta de quota litis, remuneratoria, oder ſonſt unziemliche und beſchwerliche Conventionen zu machen.

Daher gehet auch die faſt einſtimmige Meinung der bewährteſten neueren Schriftſteller dahin, daß auch heutzutage noch zu den durch die Geſetze für ungültig erklärten Verträgen derjenige gehöre, wodurch dem Advocaten, vor geendigtem Proceſſe, außer der gewöhnlichen Belohnung noch ein Vortheil auf den Fall des Sieges bedungen wird f). Und die wenigen, welche das Verſprechen eines Palmariums heutzutage für einklagbar halten g), haben ſchon das, zwar mehr practiſche, aber gleichwohl durchgreifende, Argument gegen ſich, daß durch dieſe Meinung zugleich das anerkannte geſetzliche Verbot eines Vertrages de quota litis in ſeiner Anwendung gänzlich vereitelt werden würde, indem man z. B. bei einem Streitgegenſtande von 1000 Thalern ſtatt der Hälfte, welches unerlaubt ſeyn würde, nur geradezu die Summe von 500 Thalern zu verſprechen brauchte. Die neueſte Ausführung der obigen Anſicht findet man in Hagemanns practiſchen Erörterungen h), wo die aus den Beſtimmungen des römiſchen Rechts gezogene Folgerung zugleich durch die hannöverſchen Landesgeſetze beſtätigt, und hieraus, in der Anwendung auf den Fall der ſchon wirklich erfolgten Bezahlung und der Zurückforderung des Gezahlten mit Zinſen, das Reſultat gezogen wird: „In dergleichen Fällen würde demnach zu erkennen ſeyn: da das in Frage befangene Palmarium

f) Grolman Theor. d. ger. Verfahrens. §. 68. Glück Erläut. d. Pand. Th. V. §. 370. S. 120, und die von demſelben weiter angeführten Schriftſteller. Sodann Gebr. Overbeck Meditationen. B. X. Med. 528. §. 3. Hofacker princ. jur. civ. T. III. §. 4284. Thibaut Syſt. d. Pandectenr. Th. III. §. 1093. Martin Lehrb. d. Proceſſes. §. 72.

g) z. B. Cramer Nebenſtunden. Th. XVII. N. 4. Böhmer consultat. T. II. P. I. dec. 113.

h) B. VII. N. 52.

nach den Beſtimmungen ſowohl der gemeinen Rechte, als unſrer Landesgeſetze, indebite bezahlt worden, ſo iſt Beklagter ſolches, jedoch ohne Zinſen, dem Kläger zu erſtatten ſchuldig“ [i]).

Auch das kurheſſiſche Particularrecht bekräftigt ausdrücklich jenes gemeinrechtliche Verbot, indem der in der Sammthofgerichts-Ordnung von 1673, Tit. XX. §. 6 [k]) vorgeſchriebene Advocaten-Eid mit dahin gerichtet iſt, daß dieſelben mit der Parthei keinerlei Geding machen ſollen, einen Theil oder Anzahl an der Sache, worin ſie advociren, zu haben oder zu erwarten; und, wenn man dieſes in Beziehung auf das Palmarium noch nicht deutlich genug halten ſollte, ſchon in der Canzleiordnung von 1613, Art. 11 [l]), außer dem ſpeciellen Verbot eines jeden Vertrages de quota litis, den Procuratoren noch weiter zur Pflicht gemacht wird, ihre Partheien über den ihnen nach der Ordnung gebührenden Lohn mit Mehrung oder anderem Geding nicht zu beſchweren; daher es auffallend iſt, daß ein vaterländiſcher Schriftſteller — Gärtner [m]) —, ohne dieſer Verordnungen nur zu gedenken, den Satz aufſtellt: palmarium in casum victoriae stipulare sibi potest advocatus.

In nachſtehendem Rechtsfalle erkannte das Oberappellationsgericht der obigen Ausführung gemäß.

Der Regierungsprocurator G. zu Marburg hatte als Anwalt des Daniel K. zu Fortbach einen Proceß zu führen gehabt, während deſſen Dauer letzterer ihm, wie er behauptete, das Verſprechen ertheilt hatte, auf den Fall des Obſiegs oder eines günſtigen Vergleiches ihm ein Douceur von 100 Thaler, außer den gewöhnlichen Koſten, zu bezahlen.

i) Die gegentheilige Entſcheidung des Oberappellationsgerichts zu Celle über einen in von Ramdohr juriſt. Erfahrungen, B. I. S. 67, erzählten Fall, iſt wohl nur als Ausnahme von der Regel zu betrachten, indem ſie durch die dieſem Falle eigenthümlichen factiſchen Verhältniſſe beſonders motivirt ward.

k) Samml. d. Landesordn. B. III. S. 34.

l) Ebendaſ. S. 725.

m) meditationes practicae ex jure communi et hassiaco. Sp. II. med. 36.

Aus dieſem Verſprechen klagt erſterer, nach Beendigung des Rechtsſtreites, bei dem Juſtizamte Kreis die 100 Thaler gegen ſeinen bisherigen Clienten ein, welcher ſich dagegen im Allgemeinen auf die Unſtatthaftigkeit des Verſprechens eines beſonderen Douceurs für einen Proceß beruft.

Hierauf weiſt der Beamte den Kläger, unter Verurtheilung in die Koſten, mit ſeiner Klage ab; und auch die Regierung zu Marburg beſtätigt dieß Erkenntniß durch Remiſſorialen vom 6. Jan. 1820; in Erwägung, daß, was die Frage angehet, in wiefern einem Anwalte erlaubt ſey, ſich von ſeinem Mandanten eine außerordentliche Belohnung verſprechen zu laſſen, es vorerſt keinem Zweifel unterliegt, daß das pactum de quota litis verboten iſt; daß aber die verſchiedenen Gründe, worauf dieß Verbot beruhet, ganz ebenſo auf das vor der Beendigung des Rechtsſtreits ausbedungene Palmarium Anwendung finden; daß auch nach ausdrücklicher geſetzlicher Beſtimmung, namentlich der l. 6. §. 2. C. *de postulando* und der l. 7. D. *mandati*, der zuletzt gedachte Vertrag für unerlaubt zu halten iſt; und daß die in der Sammthofgerichts-Ordnung von 1673 enthaltene Eidesformel, worauf die Advocaten und Procuratoren verpflichtet werden, hiermit ebenfalls übereinſtimmt.

Gegen dieſe Entſcheidung ergreift der Kläger, bei dem Mangel der Appellationsſumme, eine Nichtigkeitsbeſchwerde an das Oberappellationsgericht, die aber ebenfalls durch nachſtehendes, am 23. Aug. 1820 ausgeſprochene, Decret zurückgewieſen wird.

„In Erwägung, daß der Querulant die Entſcheidungsgründe der Regierung zu widerlegen nicht vermocht,

vielweniger eine darin begründete Nichtigkeit des Erkenntniſſes nachgewieſen hat;

wird das vom Procurator S. der unerfindlichen Nullitäten halber gethane Suchen abgeſchlagen.“

Nachträgliche literariſche Zuſätze.

Zu N. I. S. 3. Hierüber iſt im Allgemeinen zu vergleichen eine Abhandlung von Geſterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifsw. 1812, welche ich erſt nach Vollendung des obigen Aufſatzes einzuſehen Gelegenheit gehabt habe.

Zu N. III. S. 19. Not. c. In der fünften Ausgabe von Thibaut Syſtem des Pandectenrechts findet man §. 1024, und §. 1028, Not. s, deſſen frühere Meinung dahin abgeändert, daß er die Pupillengüter für ganz unverjährbar während der Tutel erklärt, jedoch die Bemerkung hinzufügt, daß Streit hierüber ſey.

Zu N. IV. S. 24. Die von faſt allen neueren Schriftſtellern bei der Lehre vom Modus als Hauptſchrift allegirte Diſſertation von Cordes de modo conventionibus adjecto ejusque effectu juridico. Gött. 1782, enthält nichts Erhebliches über den characteriſtiſchen Unterſchied von Modus und Conditio, wie ſolcher hier dargelegt worden iſt.

Zu N. XI. S. 122. Auch Mittermaier hat ſich nunmehr — in den Grundſätzen des gemeinen deutſchen Privatrechts, Vorr. S. IV. — abweichend von ſeiner früheren Meinung in dem Lehrbuche des deutſchen Privatrechts, Einl. §. XII. u. XIII., zu der Ueberzeugung bekannt: „daß die hiſtoriſch zu erforſchende Natur der deutſchen Inſtitute eine höhere anwendbare Rechtsregel zu gewähren im Stande ſey, und daß die Verfolgung deutſcher Anſichten auf dem Wege der Geſchichte allgemeine Gewohnheiten wohlverſtanden nachweiſe.“

Zu N. XI. S. 125. Auch die Wechſelordnung für das Königreich Hannover von 1822 beſtimmt im 31ten §: daß dem Inhaber eines proteſtirten Wechſels frei ſtehe, ſtatt gegen den Acceptanten, ſofort gegen ſeinen nächſten Vormann, *oder einen der früheren Indoſſanten*, oder auch den Ausſteller des Wechſels, die Regreßklage anzuſtellen.

Zu N. XX. S. 324. Der ſehr leſenswerthe Aufſatz in *Lotz* civiliſtiſchen Abhandlungen, N. V: Reviſion der gewöhnlichen Begriffe vom Gerichtsſtande des Zuſammenhanges der Sachen, enthält nichts von den hier vorgetragenen Grundſätzen weſentlich Abweichendes.

Druckfehler.

S. 32. Z. 1. S. 77. Z. 25. S. 149. Z. 14. l. Obergericht ſt. Regierung. S. 34. Z. 18. mütterlichen. S. 73. Z. 2. v. u. VIII. S. 76. Z. 26. Appellant. S. 112. Z. 5. v. u. fruitus non fuerim. S. 113. Z. 5. S. 114. Z. 13. Erbbeſtänder. S. 118. Z. 10. geſchahe. S. 124. Z. 1. *gemeines* teutſches. S. 127. Z. 18. nämlichen. S. 129. Z. 12. entſchieden. Z. 18. Derjenige. S. 193. Z. 5. v. u. [m]). S. 194. Z. 18. [o]). S. 199. Z. 7. [z]). S. 122. Z. 1. [m]). S. 297. Z. 4. v. u. [z]). S. 302. Z. 2. muß *und* wegfallen.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Regiſter.

Adminiſtrativjuſtiz, deren Unzuläſſigkeit. . . . . . . S. 254.
Adminiſtrativſachen, Rechtsweg in ſolchen. . . . . . . — 213.
Advocaten, Verſprechen einer beſondern Belohnung. . . . . . — 339.
Alimente, wie der Anſpruch darauf geltend zu machen. . . . . — 297.
Anaſtaſianiſches Geſetz, bei ungewiſſen Forderungen. . . . . — 39.
— — — bei der Ceſſion zur Sicherheit eines Darlehns. . . . . — 42.
— — — bei dem Verkauf von Staatsobligationen. . . . . . — 44.
— — — bei Wechſeln. . . . . — 44.
Beamten. S. Staatsdiener.
Bedingung. S. Conditio.
Beneficien. S. Spolienklage.
Beſitz, Uebergang auf die Erben. . . . . — 202.
Beſoldung. S. Gehalt.
Beſtätigung, gerichtliche. S. Contracte.
Bona materna et materni generis. . . . . — 34.
Cabinetsjuſtiz, deren Unzuläſſigkeit. . . . . — 219.
Ceſſion, Anaſtaſianiſches Geſetz. . . . . — 39.
— — einer Schuldforderung. . . . . — 4.
Chauſſeebau, Befreiung von demſelben. . . . . — 267.
Conditio, Unterſchied vom Modus. . . . . — 24.
Confirmation, gerichtliche. S. Contracte. Erbverträge.
Connexität. S. Gerichtsſtand.
Continentia causarum. S. Gerichtsſtand.

Contracte über Immobilien, deren gerichtliche Beſtätigung. . . . . S. 151.
— — — — Gerichtsſtand bei verſchiedener Lage der Grundſtücke. . . — 328.
Darlehn, Rückzahlung nach einer Münzveränderung. . . . . . — 65.
Emphyteuſe, Unterſchied von Erbleihe. . . . . — 110.
Entſchädigungsklagen gegen die Staatsgewalt. . . . . . — 241.
Erben, deren Gerichtsſtand. . . . . — 326.
— — Beſitzübergang. . . . . — 202.
— — Theilung der Erbſchaftsſchulden. . . . . — 326.
Erbleihe, Unterſchied von der Emphyteuſe. . . . . . . — 110. 113.
Erbleihegut, Entziehung der Freiheit deſſelben von öffentlichen Laſten. . — 109.
Erbverträge, deren gerichtliche Beſtätigung. . . . . — 336.
Errungenſchaft. S. Gütergemeinſchaft.
Excussionis beneficium, ſteht dem Schuldner, deſſen Schuld verpfändet wor-
den, nicht zu. . . . . — 7.
Execution, Gegenſtände derſelben. . . . . — 4. 6.
Fauſtpfand. S. Verpfändung.
Forum. S. Gerichtsſtand.
Gehalt, Eigenſchaft von Alimenten. . . . . — 298.
— — Wiedereinſetzung in den factiſch entzogenen. . . . . . — 281.
Geldſchuld, deren Abtrag nach einer Münzveränderung. . . . . . — 61.
Gerichtsſtand der Erben. . . . . — 326.
— — für präparatoriſche, Präjudicial- und Incident-Sachen. . . . — 329.
— — für die Rechnungsablage des Vormundes. . . . . . . — 317.
— — des Zuſammenhangs der Sachen. . . . . . . — 317. 324.
Gerichtsbarkeit, freiwillige, forum identitatis. . . . . . . — 324.
Geſammte Hand, deren rechtliche Natur und Wirkung. . . . . — 175.
— — — — — gilt in Kurheſſen. . . . . — 183.
Grundſtücke, S. Immobilien.
Gütergemeinſchaft des Erwerbs, deren Wirkungen. . . . . . . — 81.
— — — prorogirte. . . . . — 96.
— — — Teſtamentifaction. . . . . — 81.
Identität, Gerichtsſtand. . . . . — 324.
Immobilien, Form der Veräußerung derſelben. . . . . . . — 151.
Incidentſachen. S. Gerichtsſtand.
Indoſſant hat gleiche Verbindlichkeit, wie der Wechſelausſteller. . . . — 126.
— — haftet fur die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. . . . . — 134.
Juden, nach welchen Rechtsnormen zu beurtheilen? . . . . . . — 140.
— — deren Ehepacten. . . . . — 142. 145.
— — deren Erbfolge und eheliche Vermögensrechte. . . . . . . — 140.
Judenſchutzgeld, deſſen Aufhebung. . . . . — 260.
Juſtizſachen. S. Regierungsſachen.
Juſtizverweigerung, Mittel dagegen. . . . . . — 220. 228. 251.
Kinder, deren mütterliches Vermögen. . . . . — 34.
Kirchenpfründen. S. Spolienklage.
Klagen. S. Rechtsweg.
Kriegslaſten, inwiefern ſolche dem Erbleihebeſtänder zur Laſt fallen. . . — 116.

Landesgerichte, Competenz für Klagen gegen den Landesherrn. . . . S. 266.
Landſtraßenbau. S. Wegebau.
Legate, modificirte und bedingte. . . . . — 24.
Lehen, Beſitzübergang nach dem Tode des Vaſallen. . . . . . — 201.
Lehensfolge, deren Verluſt wegen verſäumter Lehnserneuerung. . . . — 175.
— — — Verſchiedenheit der teutſchrechtlichen und longobardiſchen. . . — 176.
Mandate, unbedingte, allgemeine Vorausſetzungen. . . . . — 291. 311.
— — für Proviſionalverfügungen. . . . . — 297.
— — bei Spolienklagen. . . . . — 294.
Mandatsproceß, exceptiones sub- et obreptionis. . . . . — 305.
Minderjährige, S. Unmündige.
— — — vormundſchaftliche Rechnungsablage. . . . . . — 317.
Modus, Begriff und Unterſchied von Conditio. . . . . . . — 24.
Münzveränderung, Einfluß auf Geldſchulden. . . . . . . — 61.
Mütterliches Vermögen der Kinder, Rechte des Vaters. . . . — 34.
Nachſteuer, deren Aufhebung. . . . . — 250.
Obligation. S. Schuldverſchreibung.
Palmarium, deſſen Verbot. . . . . — 339.
Patrimonialjurisdiction, Klagen wegen deren Aufhebung. . . . — 257.
Pfand. S. Verpfändung.
Pfandrecht der Kinder an dem Vermögen des Vaters. . . . . . — 34.
Präjudicialſachen. S. Gerichtsſtand.
Präparatoriſche Sachen. S. Gerichtsſtand.
Privatrecht, giebt es ein gemeines teutſches? . . . . — 120.
Proviſional=Verfügungen in der Form der Mandate. . . . . — 297.
Rechtsweg gegen den Landesherrn und gegen Staatsverwaltungsbehörden. . — 213.
Regierungs= und Juſtizſachen, deren Verſchiedenheit. . . . . . — 237.
Reichsgerichte, inwiefern die Landesgerichte an deren Stelle getreten ſind. — 221. 224.
Richter, deſſen Incompetenz hat Nichtigkeit zur Folge. . . . . — 166. 337.
Schaumburg, daſelbſt geltende Gütergemeinſchaft. . . . . . — 102.
Schriftſäſſige, forum identitatis derſelben. . . . . — 324.
Schriftſäſſigkeit der Literaten. . . . . — 322.
Schuldforderung, deren Verpfändung. . . . . —3. 44.
Schuldverſchreibungen auf den Inhaber. . . . . — 44.
Spolienklage, welche Einreden dagegen zuläſſig. . . . . . — 305.
— — — wegen Entziehung von Pfründen und Amtsgehalten. . — 295. 303. 312.
— — — findet nicht ſtatt wegen perſönlicher oder Vertragsrechte. — 294. 303. 311. 313.
— — — des Allodialerben gegen den Lehnsfolger. . . . . . — 206.
Staat, Verbindlichkeit zur Schadloshaltung einzelner Staatsbürger. . . . — 213.
Staatsämter, Unwiderruflichkeit. . . . . — 282.
Staatsanwälte, deren Geſchäftskreis. . . . . — 234.
— — — Beſchränkung auf einzelne Provinzen. . . . . . . — 266.
Staatsdiener, deren Entlaſſung. . . . . — 281.
Staatslaſten, deren gleiche Vertheilung. . . . . — 244. 296.
— — — Erwerb einer Befreiung von denſelben. . . . . . — 267.
Staatsobligationen, deren rechtliche Natur. . . . . — 44.

Steuerfreiheit, deren Entſtehungsgrund. . . . . S. 270.
— — — Entſchädigung wegen deren Entziehung. . . . . . . — 109.
Steuerſachen, inwiefern zum Rechtswege geeignet. . . . . . . — 252.
Streitgenoſſen, Begriff derſelben. . . . . — 327.
Teſtamentifaction der in Gütergemeinſchaft lebenden Ehegatten. . . — 81.
Unmündige, Verjährung gegen dieſelben. . . . . — 19.
Unterhalt. S. Alimente.
Unvordenklicher Beſitz einem Privileg gleich zu achten. . . . — 268. 278.
— — — bei welchen Gegenſtänden als Erwerbsgrund unſtatthaft? . . — 267.
Verjährung. S. Unvordenklicher Beſitz.
— — — erlöſchende, in jeder Lage des Proceſſes zuläſſig. . . . . — 10.
— — — gegen Unmündige, deren Berechnung. . . . . . . — 19.
Verpfändung einer Schuldforderung. . . . . — 3. 44.
Vormund, Rechnungsablage, vor welchem Gerichte. . . . . . — 317.
Waſſerbaudienſte, als zur Landfolge gehörig. . . . . — 272.
Wechſel. S. Indoſſant.
— — anaſtaſianiſches Geſetz. . . . . — 44.
— — causa debendi liegt im Bekenntniß der empfangenen Valuta. . . — 134.
— — Rückanſpruch des letzten Inhabers gegen einen der Indoſſanten. . . — 120.
Wechſelordnung, frankfurtſche, inwiefern in Kurheſſen gültig. . . . — 133.
Wechſelrecht, giebt es ein gemeines teutſches? . . . . . . — 122.
Wegebau, Befreiung von demſelben. . . . . — 267.
— — Abtretung von Grundſtücken dazu. . . . . — 249.
Wegebaudienſte, Aufhebung der deßhalbigen Befreiungen. . . . . — 249.
Zweckbeſtimmung. S. Modus.

Römiſche Geſetzſtellen.

§. 31. J. de legat. (2. 20.) . . . . S. 29.
pr. J. de emt. vend. (3. 24.) . . . . — 151.
l. 39. D. de legibus. (1. 3.) . . . . — 269.
l. 3. D. de offic. praesid. (1. 18.) . . . . — 166.
l. 53. D. de pactis. (2. 14.) . . . . — 339.
l. 54. §. 1. D. de procuratorib. (3. 3.) . . . . — 320.
l. 7. §. 1. D. quod. cuiusq. univ. (3. 4.) . . . . — 84.
l. 19. §. 1. D. de judiciis. (5. 1.) . . . . — 320.
l. 49. D. eod. . . . . — 329.
l. 50. pr. D. eod. . . . . — 330.
l. 4. §. 1. D. de servitut. (8. 1.) . . . . — 27.
l. 30. §. 1. D. ad. l. aquil. (9. 2.) . . . . — 5.
l. 1. D. de quib. reb. ad eund. (11. 2.) . . . . — 330.
l. 26. §. 3. l. 40. D. de cond. indeb. (12. 6.) . . . . . . — 12.
l. 18. §. 6. D. de pecun. constit. (13. 5.) . . . . — 17.
l. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7.) . . . . — 5. 8.
l. 7. D. mandati. (17. 1.) . . . . — 339. 342.
l. 1. de contr. emt. (18. 1.) . . . . — 53.
l. 41. pr. D. eod. . . . . — 23.
l. 9. D. locati. (19. 2.) . . . . — 112.
l. 23. D. eod. . . . . — 118.
l. 33. D. eod. . . . . — 112.
l. 20. D. de pignorib. (20. 1.) . . . . — 5.
l. 11. D. de evictionib. (21. 2.) . . . . — 118.
l. 4. D. de fide instrum. (22. 4.) . . . . — 151.
l. 5. §. 7. D. de agn. et al. libb. (25. 3.) . . . . — 298.
l. 8. §. 7. D. de cond. inst. (28. 7.) . . . . — 29
l. 19. D. de legat. III. (32.) . . . . — 29. 30.
l. 69. §. 3. eod. . . . . — 29.
l. 14. D. de ann. legat. (33, 1.) . . . . — 298.
l. 21. §. 3. D. eod. . . . . - 29.

l. 16. D. de us. et usufr. (33. 2.) . . . S. 25.
l. 17. D. eod. . . . — 29.
l. 17. §. 4. D. de cond. et dem. (35. 1.) . . . — 25.
l. 40. §. 5. D. eod. . . . — 30.
l. 80. D. eod. . . . — 27. 29. 30.
l. 66. §. 4. D. ad SCtum treb. (36. 1.) . . . — 330.
l. 1. §. 19. D. de ventr. in poss. (37. 9.) . . . — 298.
l. 1. pr. de gradib. (38. 10.) . . . — 36.
l. 9. D. eod. . . . — 36.
l. 10. §. 9. D. eod. . . . — 36.
l. 2. §. 17. D. de donationib. (39. 5.) . . . — 25.
l. 17. §. 2. l. 44. D. de manum. testam. (40. 4.) . . . — 30.
l. 8. §. 1. D. de liberali causa. (40. 12.) . . . — 324.
l. 15. §. 2. 8. D. de re judic. (42. 1.) . . . — 4.
l. 1. §. 12. D. de extraord. cogn. (50. 13.) . . . — 339.
l. 66. l. 112. D. de R. J. (50. 17.) . . . — 12.
l. 8. C. de iudaeis. (1. 9.) . . . — 140.
l. 26. C. de pactis. (2. 3.) . . . — 326.
l. 5. l. 6. C. de postulando. (2. 6.) . . . — 339.
l. 6. §. 2. C. eod. . . . — 339. 342.
l. 5. C. in quib. caus. in int. (2. 41.) . . . — 20.
l. 10. C. de iudiciis. (3. 1.) . . . — 329.
l. un. C. ubi fideic. (3. 17.) . . . — 330.
l. 1. C. ubi de ratiociniis. (3. 21.) . . . — 320.
l. 6. C. famil. ercisc. (3. 36.) . . . — 326.
l. 8. C. de condict. ob caus. dat. (4. 6.) . . . — 28.
l. 2. C. quando fiscus. (4. 15.) . . . — 4. 6.
l. 5. C. eod. . . . — 5.
l. 17. C. de fide instr. (4. 21.) . . . — 151.
l. 22. C. mandati. (4. 35.) . . . — 39. 42. 49.
l. 23. C. eod. . . . — 39. 49.
l. 3. C. de contr. emt. (4. 38.) . . . — 28.
l. 7. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) . . . — 5. 44.
l. 8. C. eod. . . . — 4. 44.
l. 1. C. de peric. et comm. (4. 48.) . . . — 118.
l. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.) . . . — 146.
l. 8. §. 5. C. eod. . . . — 36. 38.
l. 30. C. de iure dot. (5. 12.) . . . — 94.
l. ult. §. 6. C. de iure delib. (6. 30.) . . . — 209.
l. 3. C. de ed. D. Hadr. toll. (6. 33.) . . . — 209.
l. 18. C. de legat. (6. 37.) . . . — 5.
l. 1. C. de his quae sub mod. (6. 45.) . . . — 29. 30.
l. 2. C. eod. . . . — 25.
l. 1. C. de bon. matern. (6. 60.) . . . — 35. 37.
l. 2. C. eod. . . . — 35. 36. 37.
l. 1. C. de bon. quae. libb. (6. 61.) . . . — 36.

l. 6. C. eod. . . . . S. 36. 37. 38.
l. 3. C. quib. non obiic. (7. 35.) . . . . — 20.
l. 3. l. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.) . . . . . — 11. 20, 21.
l. 7. pr. §. 1. C. eod. . . . . ; . . . . — 21.
l. 7. §. 6. C. eod. . . . . — 17.
l. 1. §. 1. C. de annal. exc. (7. 40.) . . . . — 11. 17.
l. 2. C. quand. prov. non est. nec. (7. 64.) . . . . — 11.
l. 4. C. quae res pignori. (8. 17.) . . . . — 5. 7. 44.
l. 3. C. de novat. (8. 42.) . . . . — 7.
l. 24. l. 56. C. de evict. (8. 45.) . . . . — 118.
l. 9. C. de donat. (8. 54.) . . . . — 28.
l. 22. C. eod. . . . . — 25. 28.
l. 1. C. de don. quae sub mod. (8. 55.) . . . . — 25. 29.
Nov. 22. cap. 24. . . . . — 21.
Nov. 115. cap. 5. . . . . — 146.
Nov. 134. cap. 1. . . . . — 269.

Kurheſſiſche Verordnungen ꝛc.

Reformationsordnung v. 1500. . . . . . S. 154.
Hofgerichtsordnung v. 24. Aug. 1500. . . . . . — 230.
Hofgerichtsordnung v. 1524. . . . . . . — 154.
Canzleiordnung v. 25. Apr. 1581. . . . . . — 230.
Canzleiordnung v. 1. Jan. 1613. . . . . . — 230. 236. 341.
Verordnung v. 30. April 1622. . . . . . . — 72.
Fürſtliche Conceſſion f. d. Juden v. 29. Jul. 1625. . . . . — 143.
Canzleiordnung v. 14. März 1628. . . . . . — 230.
Lehnsedict vom 1. Jul. 1629. . . . . . . — 186.
Canzleiordnung v. 20. März. 1656. . . . . . . — 231.
Fürſtl. Conceſſionen f. d. Juden v. 1. u. 19. Aug. 1665. auch 15. März 1679. — 143. 144.
Sammthofgerichtsordnung v. 5. Mai 1673. . . . . . — 341.
Judenordnung v. 1679. . . . . — 262.
Verordnung v. 30. Jul. 1683. . . . . . . — 154.
Regierungs-Ausſchreiben v. 22. Febr. 1707. . . . . . — 263.
Fürſtliche Reſolution v. 5. Apr. 1723. . . . . . — 123. 138.
Landtagsabſchied v. 1724. . . . . — 272. 277.
Lehnsedict v. 24. April 1731. . . . . — 183. 195.
Landtagsabſchied von 1731. . . . . — 272. 277.
Contractenordnung v. 9. Jan. 1732. . . . . — 131. 137. 155. 160.
Untergerichtsordnung v. 9. Apr. 1732. Art. 2. §. 2. . . . — 309.
Fürſtl. Reſolution v. 16. März 1734. . . . . . — 165. 172.
Fürſtl. Befehl v. 5. Sept. 1735. . . . . . . — 236.
Judenordnung v. 12. Aug. 1739. . . . . . . — 131. 144. 262.
Fürſtl. Reſolution v. 14. Jul. 1741. . . . . . . — 162. 172.
Fürſtl. Reſolution v. 18. Aug. 1741. . . . . . . S. 113.
Appellationsprivilegium v. 7. Dec. 1742. . . . . . — 231.
Regierungs-Ausſchreiben v. 8. Apr. 1743. . . . . . — 273.
Verordnung v. 26. Nov. 1743. . . . . . . — 232.
Regierungs-Ausſchreiben v. 28. Decemb. 1743. . . . . — 233.
Regierungs-Ausſchreiben v. 23. Nov. 1744. . . . . . — 166.
Proceßordnung v. 5. Sept. 1745. §. 26. 27. . . . . . — 131.
Derſelben §. 38-40. . . . . — 87.
Derſelben §. 43. . . . . — 156.
Derſelben §. 67. . . . . — 15.
Verordnung v. 4. Jan. 1746. . . . . . . — 273. 277. 280.
Oberappellationsgerichts-Ordnung v. 15. Febr. 1746. Tit. V. §. 13. . . — 41. 312.

Hanauiſche-

Hanauiſche Hofgerichtsordnung v. 17. Jan. 1747. Tit. II. §. 13. 16. 17. . S. 306. 312.
Judenordnung v. 21. Jan. 1749. . . . . . — 132. 144. 262.
Fürſtliches Reſcript v. 3. Decemb. 1751. . . . . . — 132. 137.
Lehnsedict v. 9. May 1752. . . . . . . — 195.
Fürſtliches Reſcript v. 29. Decemb. 1752. . . . . . — 87.
Landtagsabſchied v. 1754. . . . . — 277.
Avertiſſements des Commerzcollegiums v. 9. Jun. 1763. u. 2. Jan. 1764. . — 133.
Hanauiſche Untergerichts-Ordnung v. 2. Jan. 1764. Tit. 8. §. 1. . . — 312.
Verordnung v. 2. März 1764. . . . . . . — 72. 73.
Steuerreglement v. 16. Octob. 1764. . . . . . . — 113.
Landtagsabſchied von 1764. . . . . . . — 273. 277. 279.
Verordnung v. 21. März 1766. . . . . . . — 72. 73.
Verordnung v. 17. März 1767. §. 5. . . . . . . — 132.
Derſelben §. 27. . . . . — 87.
Verordnung v. 17. März. 1767. §. 36. . . . . . . — 164.
Vormundſchaftsordnung v. 24. Jul. 1767. . . . . . — 318.
Verordnung v. 6. Jul. 1770. §. 15. . . . . . . — 132.
Fürſtlicher Befehl v. 14. Nov. 1775. . . . . . . — 236.
Verordnung v. 2. Febr. 1776. . . . . . . — 113.
Regierungs-Gutachten v. 10. Jan. 1782. . . . . . — 115.
Regierungs-Reſcript v. 28. Octob. 1782. . . . . . — 144.
Regierungs-Gutachten v. 1. Decemb. 1785. . . . . . — 113.
Verordnung v. 10. März 1786. . . . . . . — 233.
Verordnung v. 18. Aug. 1786. . . . . . . — 72. 73.
Oberwegecommiſſions-Ausſchreiben v. 23. Oct. 1787. . . . . — 274. 277.
Verordnung v. 16. Sept. 1788. . . . . . . — 159. 210.
Verordnung v. 20. Nov. 1789. . . . . . . — 233.
Regierungs-Reſcript v. 22. Jun. 1790. . . . . . — 145.
Verordnung v. 14. December 1802. . . . . . . — 299.
Verordnung v. 16. Sept. 1803. . . . . . . — 73.
Regierungs-Ausſchreiben v. 24. Nov. 1804. . . . . . — 102.
Verordnung v. 25. Jun. 1805. . . . . . . — 233.
Regierungs-Ausſchreiben v. 7. März 1814. . . . . — 258. 260.
Verordnung v. 27. Decemb. 1814. . . . . . — 113. 255. 256.
Verordnung v. 14. Mai 1816. . . . . . — 260.
Verordnung v. 28. Decemb. 1816. §. 112. 114. . . . — 333. 334.
Verordnung v. 31. Decemb. 1816. . . . . . — 300. 306. 307.
Fürſtliche Reſolution v. 7. Febr. 1817. . . . . . — 256.
Haus- und Staatsgeſetz v. 4. März 1817. §. 13. . . . — 300. 306. 309.
Regierungs-Ausſchreiben v. 12. Jan. 1881. . . . . . — 260.
Verordnung v. 1. Aug. 1818. . . . . . . — 256.
Verordnung v. 30. April 1819. . . . . . . — 255.
Verordnung v. 21. Decemb. 1819. . . . . . . — 273.
Straßenbauordnung v. 24. Decemb. 1819. . . . . . — 249. 255.
Organiſations-Edict v. 29. Jun. 1821. §. 36. u. 60. . . . — 236.
Miniſterial-Ausſchreiben v. 14. Decembr. 1822. . . . . . — 273.

Im Verlage der Hahnſchen Hofbuchhandlung in Hannover ſind ferner erſchienen:

Pfeiffer, Dr. B. W. (Kurfürſtl. Heſſiſcher Oberappellationsrath.) Das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatscapitalien. Nach den Grundſätzen des Privat- und Völker-Rechts dargeſtellt. 8. 1823. 1 Rthlr. 16. Ggr.

Deſſen neue Sammlung bemerkenswerther Entſcheidungen des Oberappellations-Gerichts zu Caſſel. 5 Bde. in Quarto 1818 — 1821. 6 Rthlr. 16 ggr. in folio 7 Rthlr. 12 ggr.

(auch unter dem Titel: Collectionis notab. Decisionum supremi tribunalis appell. Hasso-Casselani Tom. XIII. - XVII.)

Bülow, F. v. und Dr. H. Hagemann's practiſche Erörterungen, aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit, hin und wieder mit Urtheilsſprüchen des höchſten Tribunals und der übrigen höhern Juſtizhöfe beſtärkt. 7. Bde. in 4to. 18 Rthlr.

Hagemann, Dr. Th. (Canzley-Director und Ritter) Handbuch des Landwirthſchaftsrechts gr. 8. 2 Rthlr. 20 ggr.

Deſſen Einleitung in das in Deutſchland übliche Lehnrecht. gr. 8. 16 ggr.

— — die Ordnung des Königl. Oberappellations-Gerichts zu Celle. Von neuem herausgegeben und mit Anmerkungen begleitet, 4to 2 Rthlr.

Spangenberg, Dr. E. (Oberappellationsrath) Einleitung in das Römiſch Juſtinianiſche Rechtsbuch oder Corpus juris. gr. 8. 3 Rthlr.

Deſſen Beiträge zur Kunde der deutſchen Rechts-Alterthümer und Rechtsquellen, enth.: Mittheilungen aus Dreyers und Grupens handſchriftl. Nachlaſſe und ungedr. Quellen des Mittelalters. Mit Kupfern. 4. 1824. 1 Rthlr. 12 ggr.

von Dalwigk, Dr. C. F. (Präſident des Herzogl. Naſſauiſchen Ober-Appellationsgerichts) Practiſche Erörterungen auserleſener Rechtsfälle. 4to 1823. 2 Rthlr. 16 Ggr.

von Ramdohr, F. W. B. Juriſtiſche Erfahrungen oder Repertorium der wichtigſten Rechtsmaterien in alphabetiſcher Ordnung, rückſichtlich auf poſitives Recht und Geſetzgebung, erläutert durch die merkwürdigſten, größtentheils noch ungedruckten Erkenntniſſe des Oberappellationsgerichts zu Celle, verglichen mit den franzöſiſchen Geſetzbüchern und dem preußiſchen Landrechte. 3 Bde. gr. 8. 8 Rthlr. 8 ggr.

Schlegel, J. K. F., Hannöveriſches Kirchenrecht, 5 Bde. gr. 8. 8 Rthlr. 18 ggr. Der 5te Theil wird unter dem Titel:
Von den Einkünften, Berechtigungen, und Immunitäten der Kirchen und Schuldiener und deren Wittwen. für 2 Rthlr 6 ggr beſonders verkauft.

— — Ueber Schulpflichtigkeit und Schulzwang. gr. 8. 1824. 16 ggr.

Bergmann (Hofrath Dr. F.) Corpus juris judiciarii civilis germanici, oder Sammlung einheimiſcher Quellen des gem. deutſch. Civilprozeſſes. gr. 8. 1819. 2 Rthlr.

— — Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geſetze im Privatrechte. gr. 8. 1818. 2 Rthlr. 4 ggr.

Schinne

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Pfeiffer, Burkard Wilhelm,

Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel

Bd.: 1

Hannover (1825)

4 Decis. 98 m-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10349232-2